

《資料》

マーク・ノフェリ

「稀薄性の基準へ——Pinkerton 原則による共謀の罪責に対する  
デュー・プロセスに基づく『新たな』制約——」

永井善之

二〇〇〇年一月一日に国際連合総会において「国際的な組織犯罪の防止に関する国際連合条約 (United Nations Convention against Transnational Organized Crime)」が採択され、わが国でもこれへの同年十二月二日における署名を経て、二〇〇三年五月一日にはその締結への国会承認がなされている。<sup>(2)</sup> 本条約においては、近年における国際的な組織犯罪の深刻化に対する国際社会全体による協力体制の法的枠組み構築との目的のもと、その締結国への要請として、その犯罪化が組織的な犯罪集団への参加 (五条)、犯罪収益の洗浄 (六条)、公務員に係る腐敗行為 (八条)、司法妨害 (二三条) につき定められるとともに、これらに係る犯罪収益の没収 (二二条)、裁判権 (一五条) や特別な捜査方法 (二〇条) などの刑事手続、また、犯罪人引渡し (一六条)、法律上の相互援助 (一八条)、法執行の協力 (二七条) との国際協力など、刑事法領域全般に渡る広範かつ多様な内容が規定されている。<sup>(3)</sup> これらのうち、わが国刑事実体的にはとりわけ組織的な犯罪集団への参加の犯罪化の担保が本条約締結に要請されるとして、わが国政府は他の関連法規定の整備とともに、いわゆる共謀罪の新設を図る法律案を国会に提出してきた。しかし、組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律 (平成十一年法律一三六号) を改正して「組織的な犯罪の共謀」罪 (同法六条の二)<sup>(4)</sup> 以下「共謀罪」を創設するこの法案は、第一五六回国会会期中の二〇〇三年

三月に「犯罪の国際化及び組織化に対処するための刑法等の一部を改正する法律案」<sup>(5)</sup>として提出され、閉会中審査を経て翌第一五七回国会での衆議院解散により廃案となり、その後も、修正提案を伴いつつも二〇〇九年八月末時点で二度の（再）提出と廃案を繰り返している。<sup>(6)</sup>

新設が提案されているこの共謀罪については学説上、本条約批准との関係でのそのような犯罪類型の新設の要否をはじめ、これを要する場合にも越境性やいわゆる顕示行為の要件化の必要性、予備、陰謀等の実行の着手前の準備的行為の犯罪化が少数の重大犯罪に限定されているわが国現行刑罰法規体系との調和上、その実行行為が着手前の共謀の犯罪化を総則規定的に約六〇〇に及ぶ対象ないし目的となる犯罪に及ぼすその範囲の限定の必要性などの観点からの批判も強いが、これらの点にも関連してその実体法的側面については、そこで前提とされている共謀概念の具体的意義の如何が特に重要となろう。

わが国刑罰法規においても特定の行為に係る共謀の罪自体は既に存在するところであり、また、共謀がその成立要件とされるものとして、その関与者中の一部の者が実行に至れば共謀への関与のみに止まった者についてもなお実行行為者とともに共同正犯（刑法六〇条）が成立するという共謀共同正犯の概念が判例上確立されている。これらの共謀概念と共謀罪におけるそれとの異同等の關係性はなお必ずしも明確ではないように思われるが、共謀罪の立案当局からは、本罪はその当事者の一部が実行に至れば共謀共同正犯に当たるものであって、一部の者が実行に至った場合に他の関与者が教唆または幫助に該当するようなものは対象とならないと説明されている。<sup>(11)</sup>この意味では共謀罪における共謀は共謀共同正犯の成立要件たる共謀と等しいこととなろうから、前者の意義ないし成立範囲の理解には後者のそれが重要な意義をもつこととなる。<sup>(12)</sup>

周知のごとく、旧刑法下での大審院判例による承認以来の共謀共同正犯概念につき、その成立に係る従来までの団体責任的な根拠付け（共同意思主体説）<sup>(13)</sup>に替えて、個人責任の原則に調和的な理論を示した指導的判例とされる

最高裁昭和三年五月二八日大法院判決<sup>(14)</sup>（いわゆる練馬事件）においては、「共謀共同正犯が成立するには、二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となつて互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よつて犯罪を実行した事実が認められなければならない」とされている。ここでは共謀（謀議）の意義として、共同実行の意思の存在がその要件となることは明示されているものの、それを形成すべき客観的な謀議行為の存在の要否については明確ではない。この点、本判決では「ここにいう『共謀』または『謀議』は、共謀共同正犯における『罪となるべき事実』にほかならない」とされていることもあり、また、実行を分担しない共謀者にも共同正犯が認められる共謀共同正犯にあつてはこの共謀こそが実行の分担に比される客観的要件と解されるべきであるとの見地（客観的謀議説）から、本判決も共謀概念につき客観的な謀議行為を要件としたものと解する見解がある。<sup>(15)</sup>他方で、実務の立場にあつては、共同実行の意思に係る実行共同正犯との統一的理解の必要性や、そのような意思の生成ないし帶有の実態に即した共謀概念の必要性などの見地から、本概念は一般にそのような意思という内心的状態に尽きるとする主観的謀議説が支持されてきた。<sup>(16)</sup>

そのようななか、近時、暴力団組長の身辺警護のための随行組員らによるけん銃等所持の罪に係る組長の共謀共同正犯性が争われた最高裁判平成一五年五月一日決定<sup>(17)</sup>（いわゆるスワット事件）において、組長たる被告人には組員らによるけん銃等所持の確定的認識とその認容があつたとしてうえて、意思の連絡は黙示的に止まるが、けん銃等を受けながら終始被告人の近辺で行動を共にしていた組員らを指揮命令する権限を有する被告人の地位や警護を受けるというその立場を考慮すれば、実質的には被告人が組員らにその所持をさせていたと評されうるとして共謀共同正犯の成立が認められ、その後の最高裁判平成一七年一月二九日決定<sup>(18)</sup>においても、おおむね類似した事案につきスワット事件決定の判示をほぼ踏襲した原判決が是認されている。<sup>(19)</sup>これらの判例において組長に係る共謀共同正犯成立の根拠とされている、他の者による犯罪実行についての確定的認識と認容の存在、および、実行者への指揮

権をもつとの地位や警護対象との受益者たる立場は、前者は共同正犯の故意であつて、後者は行為というよりもむしろその者の状態であると解される。<sup>(21)</sup>それゆえに、これらの事案において客観的な共謀行為たりうるものはその判例の挙げる默示的な意思連絡しかないが、その実質はけん銃所持に係る組長の認識・認容と組員によるその了知であるに過ぎない。<sup>(22)</sup>このように解されるとすると、これら近時の判例における共謀概念理解の位置づけは、判例により認められる共謀共同正犯には客観的謀議行為を要する場合とそうでない場合とがあり、スワット事件は後者に当たると、<sup>(23)</sup>あるいは、練馬事件判決においても前提とされていたはずの主観的謀議説を採ったものとも解されようが、いずれにせよ、非実行者に係る共謀共同正犯の成立判断が、客観的な謀議行為の存在よりもむしろ、実行者との間の支配や役割分担等の関係性から非実行者に認められる犯罪実現に与えた重要な役割ないし因果的寄与を根拠とすることもありうる<sup>(24)</sup>ことが明確とされたといえよう。近時有力な、犯罪実現に対する非実行者の重要な役割ないし重要な因果的寄与をその共謀共同正犯成立の根拠とする見解からは、右のような近時の事案での共謀共同正犯の成立は肯定されると思われる。

しかしこの点は、前述のように現在新設が企図されている共謀罪における共謀がその立案当局のいうごとく共謀共同正犯の成立要件たる共謀と等しいものであるとすると、前者の成否（共謀の有無）の判断において問題を生じるように思われる。というのも、後者が共同正犯の故意と異ならないものであるとすれば対象ないし目的とされた犯罪の予見のみで前者が肯定されうることとなろうし、また仮に、後者が右のような重要な役割ないし因果的寄与を意味しうるものであると解するとしても、これらは対象ないし目的たる犯罪が実現されて初めて確定されうるものであろうからである。共謀共同正犯における共謀が仮に右のような重要な役割ないし因果的寄与をも含意しうるとすれば、各当事者の地位や立場などの事情に基づく相互関係性とそれらの者に予見されていた犯罪との間の一般的な類型的関連性の存在のみをもって共謀罪の成立が肯定される可能性も生じよう。例えば西原春夫博士は、前述の

最高裁判平成一七年一月二九日決定を批判されて、本決定の判断においては、スワット事件におけるごとく組長警護を任務とする恒常的かつ強固な組織の存在に疑義があつた本件事案につき、けん銃所持が暴力団組織内での犯罪であるから、つまり、非実行者たる組長にも実行者たる組員によるけん銃所持は推認できたはずであるからというような、暴力団組織と銃器犯罪との間の一般的類型的関係性が前提とされているとの趣旨の重要な指摘をされている。<sup>(26)</sup> そうであるとすれば、その主観的要件としては予見可能性の存在で共謀（共同正犯）の成立に足りることにもなりかねないように思われる。<sup>(27)</sup>

ところで、周知のごとく共謀罪は英米法圏において発祥、展開してきた犯罪類型である。<sup>(28)</sup> 現代アメリカにおける共謀罪（conspiracy）は一般に、他者との犯罪の合意（agreement）により成立する犯罪であるとされ、その具体的構造は、客観的要件（actus reus）たる行為としての合意と、主観的要件（mens rea）たる合意の意図および目的とされた犯罪の実現の意図からなるとされる。<sup>(29)</sup> なお、連邦レベルをはじめ同国内の大半の法域では、本罪につき当該合意の内容を促進するための顕示行為（overt act）の存在の立証をも要するとされているが、これは一般に、本罪の客観的要件ではなく共謀が現に作用していること（at work）に係る立証要件であると解されている。<sup>(31)</sup> 共謀罪の処罰根拠ないし保護法益は集団の危険性ないし社会的安全などの、共謀の対象ないし目的とされた犯罪（実体犯罪（substantive crime））に係るとは別個の事由に求められており、ゆえに共謀罪は、実体犯罪の実行に至つた場合にもこれに吸収はされず実体犯罪とは別個独立に成立する。<sup>(34)</sup> また、この実体犯罪の実行が共謀者全員によつてではなくその一部の者による場合の非実行者にも、実体犯罪については正犯が成立する。<sup>(35)</sup> そして同国では、この非実行者に成立する実体犯罪の範囲につき、従来から Pinkerton rule（ピンカートン・ルール）と称される重大な原則が承認・確立されている。本原則は、共謀の直接的な対象ないし目的ではなかつた実体犯罪についても、他の共謀者によるその実行が当該共謀に関与したその非実行者にとつて合理的に予見可能（reasonably foreseeable）であつた場合に

は、当該実体犯罪につきこの非実行者も正犯としての罪責を負うとするものである。<sup>(36)</sup> ここにいう予見可能性との基準が過失的なものであることは同国でも認められているが、同国では近時、本原則への批判的検討がなされつつあり、それによる非実行者への実体犯罪に係る刑責賦与をその非実行者と実体犯罪ないし当初の共謀との間の一定の客観的関係性の存在する場合に限定する傾向が学説のみならず下級審裁判所においても散見されはじめている。

本稿で紹介する、マーク・ノフェリ調査官による「稀薄性の基準へ——Pinkerton 原則による共謀の罪責に対するデュー・プロセスに基づく『新たな』制約——」(Mark Noferi, *Towards Attenuation: A "New" Due Process Limit on Pinkerton Conspiracy Liability*, 33 Am. J. Crim. L. 91 (2006)) は、従来の Pinkerton 原則に対しては合衆国憲法上のデュー・プロセス条項に基づく制約が課されるところの思考のもと、非実行者と実体犯罪ないし当初の共謀との間の客観的関係性につきこれが「事実的な希薄性 (attenuation in fact)」をもつものか否か、あるいは「実質的関与」を欠くか否かとの基準を提唱し、これが肯定される場合にこの者への実体犯罪の帰属を否定するものである。そこでは非実行者に係る一定の行為要件の如何などはおお不鮮明であるが、これらの基準は実体犯罪との間に「類型的な希薄性 (attenuation in kind)」がない場合、すなわち、同国における薬物の違法な取扱者と銃器犯罪といった、両事象間の類型的な関連性が濃密である場合に、個々の関与者の共謀ないし実体犯罪への関与の程度を問わずその非実行者への実体犯罪の刑責を賦与することを否定する。<sup>(37)</sup>

前述のように、わが国において新設が図られている共謀罪にいう共謀は客観的謀議行為の存在が必須の要件とされている。共謀共同正犯におけるそれに等しいと位置づけられており、ゆえに共謀罪の成立要件にも共謀共同正犯の成立を基礎づける客観的謀議行為以外の要素が用いられる可能性もあるところ、<sup>(38)</sup> その要素たる重要な役割ないし因果的寄与などは実体犯罪の実現をもって十分に確定されるものであろうから、実体犯罪の実行以前に成立する共謀罪の成否判断へのその応用では関与者の帶有する一定の状態やその類型性を重視する判断にも至りかねないこ

とに照らせば、実体犯罪ないし当初の共謀への非実行者の実際的関与の程度を問う本紹介論分は、わが国共謀共同正犯ひいては共謀罪の成立範囲の考察に際してもなお一助となりうるように思われる。

- (1) 原文は国連薬物犯罪事務所ホームページより、その邦訳は外務省ホームページより、それぞれ入手可能。
- (2) 第一五六回国会条約六号。本条約への署名および締結の国数はそれぞれ、二〇〇九年八月末現在で一四七、一五〇であり、それに要する締約四〇ヶ国（本条約三八条）を超えたのち二〇〇三年九月二十九日から発効している。
- (3) 本条約を解説・分析するものとして、今井勝典「国連国際組織犯罪条約の実質探採について」警察学論集五三巻九号（二〇〇〇年）四六頁以下、杉山徳明・西方建一「組織犯罪に対する国際的取組みについて——国際組織犯罪防止条約及びEuPrの活動の概要を中心に——」法律のひろば五七巻五号（二〇〇四年）二四頁以下、薬師寺公夫「国際組織犯罪条約における犯罪化、裁判権設定および犯罪人引渡しとの義務と日本の対応」上田寛編「講座・人間の安全保障と国際組織犯罪（第二巻）国際組織犯罪の現段階・世界と日本」（二〇〇七年）九九頁以下、尾崎久仁子「国際組織犯罪防止条約について——国際連合の視点から——」刑事法ジャーナル九号（二〇〇七年）七二頁以下、古谷修一「国際組織犯罪防止条約と共謀罪の立法化——国際法の視点から——」警察学論集六一巻六号（二〇〇八年）一四三頁以下などがある。
- (4) その法律案上の規定は次のとおりである（後述のように三度の提出があった各法案のいずれにおいても同じ）。

（組織的な犯罪の共謀）

第六条の二 次の各号に掲げる罪に当たる行為で、団体の活動として、当該行為を実行するための組織により行われるものの遂行を共謀した者は、当該各号に定める刑に処する。ただし、実行に着手する前に自首した者は、その刑を減軽し、又は免除する。

一 死刑又は無期若しくは長期十年を超える懲役若しくは禁錮の刑が定められている罪 五年以下の懲役又は禁錮

二 長期四年以上十年以下の懲役又は禁錮の刑が定められている罪 二年以下の懲役又は禁錮

2 前項各号に掲げる罪に当たる行為で、第三条第二項に規定する目的で行われるものの遂行を共謀した者も、前項と同様とする。

(5) 第一五六回国会附法八五号。全文は衆議院ホームページより入手可能。

(6) 二〇〇四年二月には第一五九回国会において新たに「犯罪の国際化及び組織化並びに情報処理の高度化に対処するための刑法等の一部を改正する法律案」（第一五九回国会附法四六号。全文は衆議院ホームページより入手可能）として提出されたものの、本法案も閉会中審査を経て第一六二回国会での衆議院解散により廃案となり、その後二〇〇五年一〇月の第一六三回国会にて提出された同名の法律案（第一六三回国会附法二二号。全文は衆議院ホームページより入手可能）も、二〇〇六年四月二二日に与党からの、同月二七日に民主党からの各修正案が提出

され、さらに同年五月一九日には与党からの前案撤回を伴う再修正案の提出とその後の民主党案の受け入れを経つつも、二〇〇九年七月の第一七一回国会における衆議院解散により廃案となっている。

(7) 前述注(4) 参照。

(8) 第一六二回国会会期中の二〇〇五年七月における衆議院法務委員会での第一五九回国会閣法四六号(前述注(6) 参照)の審議に際し、法務省から提出された資料によれば、その時点で、共謀罪の対象となる刑の上限が四年以上である犯罪は六一九であるとされる。

(9) この新設が図られている共謀罪につき分析・検討するものとして、松宮孝明「『共謀罪』および国際組織犯罪対策のための刑事立法の動向」法学セミナー五九〇号(二〇〇四年)六〇頁以下、同「実体刑法とその『国際化』」上田寛編『講座・人間の安全保障と国際組織犯罪(第二巻)国際組織犯罪の現段階・世界と日本』(二〇〇七年)八五頁以下、同「組織犯罪対策に見る『自由と安全と刑法』——共謀罪立法問題を含む——」刑法雑誌四八巻二号(二〇〇九年)二五六頁以下、海渡雄一・大塚明「『共謀罪』新設の危険性——国会審議にむけて——」自由と正義五五巻一〇号(二〇〇四年)四四頁以下、宮本弘典「『安全な社会』のパラドクス——『共謀』処罰化への動きをめぐって——」関東学院法学一四巻三・四合併号(二〇〇五年)一九五頁以下、同「共謀罪からテロ等謀議罪へ?——反テロ刑法という新たな、あるいは復古的な暴力再編の脅威——」ジュリスコンサルタス一七号(二〇〇七年)九三頁以下、足立昌勝監修「共謀罪と治安管理社会」(二〇〇五年)、浅田和茂「共謀罪立法化の動きと問題点」季刊刑事弁護四四号(二〇〇五年)八頁以下、森下忠「重大国際犯罪の共謀」判例時報一九〇八号(二〇〇五年)三四頁以下、同「条約刑事国際法の国内法化——共謀罪問題に寄せて——」判例時報一九三六号(二〇〇六年)三四頁以下、同「国際刑事法と共謀罪」判例時報一九四九号(二〇〇七年)二二頁以下、海渡雄一「国際(越境)組織犯罪防止条約からみた共謀罪規定の問題点」季刊刑事弁護四五号(二〇〇六年)一五二頁以下、椎橋隆幸「共謀罪をめぐって」中央ロー・ジャーナル二巻四号(二〇〇六年)一二四頁以下、足立昌勝「刑法を変質させる共謀罪」法律時報七八巻四号(二〇〇六年)一頁以下、新屋達之「刑法理論と共謀罪」法と民主主義四〇八号(二〇〇六年)五四頁以下、「特集・『共謀罪』を多角的・批判的に検討する」法律時報七八巻一〇号(二〇〇六年)四頁以下の諸論稿、海渡雄一・保坂展人「共謀罪とは何か」(二〇〇六年)、伊東研祐「国際組織犯罪と共謀罪」ジュリススト一三二二号(二〇〇六年)七三頁以下、「緊急特集・『共謀罪』新設法案の廃案を求めて」法と民主主義四一三三号(二〇〇六年)五三頁以下の諸論稿、田辺泰弘「日本から見た国際組織犯罪と法のグローバル化」上田寛編『講座・人間の安全保障と国際組織犯罪(第二巻)国際組織犯罪の現段階・世界と日本』(二〇〇七年)五五頁以下、岡本洋一「日本の現行刑法体系と跨国組織犯罪条約——共謀罪新設、行為原理そして刑事法学——」ジュリスコンサルタス一七号(二〇〇七年)八三頁以下などがある。

(10) 爆発物使用罪の共謀罪(爆発物取締罰則四条)、公務員に禁止される争議行為等の遂行の共謀罪(国家公務員法一一〇条一項一七号)等、一三に及ぶ。



- (11) 法制審議会刑事法（国連国際組織犯罪条約関係）部会第二回会議（二〇〇二年一〇月九日）議事録。
- (12) 浅田和茂「共謀共同正犯の拡散」広渡清吾ほか編『小田中聰樹先生古稀記念論文集 民主主義法学・刑事法学の展望 下巻—刑法・民主主義と法』（二〇〇五年）一四五頁参照。なお橋本正博「共謀共同正犯」概念再考『齊藤豊治ほか編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』（二〇〇六年）三八九頁。
- (13) 大判明治二九年三月三日刑録二輯三卷一〇頁。
- (14) 刑集二二卷八号一七八頁。
- (15) 岩田誠「判批」『最高裁判所判例解説刑事事篇昭和三十三年度』（一九五九年）四〇五頁以下、内藤謙「刑法講義総論（下）Ⅱ」（二〇〇二年）一三七〇頁。
- (16) 石井一正・片岡博「共謀共同正犯」小林充・香城敏廣編『刑事事実認定（上）—裁判例の総合的研究』（一九九二年）三四一頁以下、出田孝一「共謀共同正犯の意義と認定」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集上巻』（二〇〇六年）一九八頁、二〇〇頁以下。
- (17) 刑集五七卷七号五〇七頁。評釈として、本田稔「判批」法学セミナー五八四号（二〇〇三年）一一八頁、山中敬一「判批」関西大学法学論集五三卷三号（二〇〇三年）一八〇頁以下、大久保隆志「判批」『平成一五年度重要判例解説』（二〇〇〇年）一六一頁、十河太郎「判批」現代刑事法六卷二二号（二〇〇四年）八五頁、亀井源太郎「判批」判例評論五五四号（二〇〇五年）四三頁（判例時報一八八二号二〇五頁）以下、島田聡一郎「判批」ジュリスト二二八八号（二〇〇五年）一五五頁、芦澤政治「判批」『最高裁判所判例解説刑事事篇平成十五年度』（二〇〇六年）二九五頁以下、町野朔「判批」西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論』（第六版・二〇〇八年）一五四頁以下などがある。
- (18) 集刑二八八号五四三頁。
- (19) ただし本件においては、けん銃所持を実行した組員らはスワット事件におけるそれのごとく恒常的に組長警護を任務とする集団ではなかったようである。
- (20) 大阪高判平成一六年二月二四日判時一八八一号一四〇頁。
- (21) 松原芳博「共謀共同正犯と行為主義—最高裁判平成一五年五月一日決定・同平成一七年一月二九日決定を契機として—」三井誠ほか編『鈴木木茂嗣先生古稀祝賀論文集上巻』（二〇〇七年）五三九頁以下。
- (22) 大久保・前掲注（17）一六一頁、松原・前掲注（21）五四〇頁以下。
- (23) 出田・前掲注（16）二〇一頁、町野・前掲注（17）一五五頁、青木孝之「共謀共同正犯の理論と実務」琉大法学七八号（二〇〇七年）二五六頁。
- (24) なお島田・前掲注（17）一五七頁、島伸一「共謀共同正犯に関する最高裁判例の新展開—最高裁（小一）平成一五・五一決定の意義を中

心にして」法律時報七八巻二号(二〇〇六年)六五頁以下参照。

- (25) 西田典之「共謀共同正犯について」内藤謙ほか編『平野龍一先生古稀祝賀論文集中巻』(一九九〇年)頁以下、山口厚「問題探究刑法総論」(一九九八年)二七九頁以下。

- (26) 西原春夫「憂慮すべき最近の共謀共同正犯実務―最高裁平成一七年一月二九日第一小法廷判決を中心に―」刑事法ジャーナル三三(二〇〇六年)六一頁以下。

- (27) なお、共謀共同正犯の故意に関して、近時の最決平成一九年一月一四日刑集六一巻八号七五七頁ではそれが未必の故意で足りることが認められている。本決定の評釈として、松田俊哉「判批」ジュリスト二五六号(二〇〇八年)二〇〇頁以下、長井圓「判批」速報判例解説編集委員会編『速報判例解説三三』(二〇〇八年)三〇九頁以下、松原芳博「判批」刑事法ジャーナル一四号(二〇〇九年)一二二頁以下がある。

- (28) 英米法における共謀罪(共同謀議罪・コンスピラシー(conspiracy))についての邦語文献としては、江家義男「英米法における共謀罪(conspiracy)」早稲田法学二四巻三・四冊(一九四九年)一〇三頁以下、藤右睦郎「英米法における共同謀議罪の研究―共同謀議罪の理論と歴史―」法務研究報告書三九集二(一九五一年)一頁以下、内田力蔵「イギリス法とアメリカ法における共同謀議の罪(コンスピラシー)」法律時報二六巻七号(一九五四年)七頁以下、安部治夫「組織を媒介とする順次共謀と共謀共同正犯(一)、(二)、(三・完)―近代集団犯罪形態の共犯理論への投影」警察研究三二巻一号(一九六一年)七五頁以下、同巻四号(同年)三三三頁以下、同巻五号(同年)九一頁以下、萩原玉味「コンスピラシーの考察―共謀共同正犯との関連において―」大阪市大法学会雑誌九巻三・四号(一九六三年)二四〇頁以下、石川才顕「コンスピラシー法理の拡張化とその社会的要因―イギリスに於ける、コンスピラシー法理の拡張展開にみえる社会的要因についての検討―」日大法學研究所法學紀要七巻(一九六五年)九頁以下、萬川忠久「アメリカ法におけるコンスピラシー法理の変遷過程―十九世紀の労働事件を中心として―」法と政治二二巻二号(一九七〇年)六五頁以下、田島裕「コンスピラシー法理の研究(一)、(二)、(三・完)」大阪市大法学会雑誌二四巻三号(一九七七年)一六一頁以下、二五巻一号(一九七八年)一頁以下、二九巻一号(一九八二年)一頁以下、熊谷泰佑「共謀罪―そのかし・あおり―」中山研一ほか編『現代刑法講座三巻』(一九七九年)二二五頁以下、佐藤正滋「英法の共同謀議罪(conspiracy)」金沢法学二九巻一・二号(一九八七年)二〇九頁以下、奈良俊夫「共謀罪」及び「共謀」概念とコンスピラシーの法理」獨協法学五七号(二〇〇二年)六七頁以下、亀井源太郎「コンスピラシーの訴追―コンスピラシー研究序説―」都立大法学会雑誌四五巻一号(二〇〇四年)一三三頁、同「共謀罪と刑事手続」首都大法学会雑誌四八巻一号(二〇〇七年)一一九頁以下、内海朋子「共謀概念と共謀罪」法学セミナー一六六号(二〇〇六年)三八頁以下、安井哲章「共謀罪の基本概念」比較法雑誌四〇巻一号(二〇〇六年)一三七頁以下、小野上真也「マネーロンダリング共謀罪における顕示行為証明の要否」Whitfield v. United States, 543 U.S. 209 (2005) 比較法学四〇巻三三号(二〇〇七年)三三三頁以下、小早川義則「共謀罪とコンスピラシー」(二〇〇八年)などがある。

英米法圏においては、共謀罪は複数関与者の存在を前提とする点で共犯 (complicity) に類するとともに (英米法における共犯理論に関する邦語文献としては、後掲注 (35))、未完成犯罪として未遂罪にも近接すると解されている (see e.g., *Aschold H. Leary, Criminal Law* 264 (4th ed. 2003); *Joshua Dressler, Understanding Criminal Law* 457 (4th ed. 2006) (翻訳と「ト」モシマ・ドレスラー (星岡一朗訳)『アメリカ刑法』(二〇〇八年)六三二頁以下))。

(29) See WAYNE R. LAFAVE, *SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW* 265–79 (2d ed. 2003).

(30) 連邦刑法典 (合衆国法典第一八編第一章 (United States Code, Title 18, Part 1)) 上の共謀罪規定たる三七一一条 (18 U.S.C. §371 (2000)) の原文は次のとおりである。

Section 371. Conspiracy to commit offense or to defraud United States

If two or more persons conspire either to commit any offense against the United States, or to defraud the United States, or any agency thereof in any manner or for any purpose, and one or more of such persons do any act to effect the object of the conspiracy, each shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both.

If, however, the offense, the commission of which is the object of the conspiracy, is a misdemeanor only, the punishment for such conspiracy shall not exceed the maximum punishment provided for such misdemeanor.

(31) See, e.g., *Yates v. United States*, 354 U.S. 298, 334 (1957). ただし顯示行為は、その機能が共謀内容が未だ共謀者らの内心に留まるのみではなくことを示すことにある (*id.*) とされる点では客観的要件に等しい意義をもちうるであらうし、判例にもこれを共謀罪の客観的要件であると解しているものもある (see *United States v. Reyes*, 302 F.3d 48 (2d Cir. 2002))。他方、一般に共謀罪の客観的要件とされる合意については意思の連絡、相互了解などの議論がある (see LAFAVE, *supra* note 29, at 266)。

(32) See, e.g., *Callanan v. United States*, 364 U.S. 587, 593–94 (1961). See also *Philip E. Johnson, The Unnecessary Crime of Conspiracy*, 61 *Cal. L. Rev.* 1137, 1143 (1973); *Paul Marcus, Prosecution and Defense of Criminal Conspiracy Cases* §1.04 (1997); *Loewy, supra* note 28, at 264; *Marie E. Steseger, Note, Conspiracy Theory: The Use of the Conspiracy Doctrine in Times of National Crisis*, 46 *Wm. & Mary L. Rev.* 1177, 1190 (2004); *Dressler, supra* note 28, at 459–60 (ドレスラー (星訳)・前掲注 (38) 六三二頁以下)。

(33) この点、独立の法益を前提とするものではないとされる (法制審刑事法部会議事録・前掲注 (二))、わが国で立案されているそれと異なる。

(34) コモン・ローにおける以来、非吸収原則 (non-merger rule) と称されてきた (see *Dressler, supra* note 28, at 461–62 (ドレスラー (星訳)・前掲注 (28) 六三三頁以下))。

(35) この点具体的には、今日のアメリカでは、犯罪への関与類型としての共犯という概念自体は承認されているものの、連邦刑法典におけるを

はじめ制定法上一般に拡張のないし統一的な正犯概念が採られており(拙稿「アメリカ刑法における『中立的行為による幫助』」金沢法学五〇巻一号(二〇〇七年)一頁以下参照、わが国における教唆または幫助に該当するもの、つまり同国においてもかつてのコモン・ロー上の犯罪関与類型であった、それぞれ事前共犯(事前幫助)または第二級正犯(現場幫助)に該当するもの(共謀罪の成立が認められるがその目的とされた犯罪の実行は担当しなかった者もこれらに該当すると解されてゐる。See Lowery, *supra* note 28, at 206)も、正犯として処罰されてゐることによる(see 18 U.S.C. §2 (2000))。

なお、英米法における共犯理論に関する主な邦語文献としては、草野豹一郎「英米法に於ける共犯に就いて」早稲田法学二五巻一冊(一九四九年)一頁以下、中義勝「英米共犯論」関西大学法学論集五巻四号(一九五六年)二四頁以下、西村克彦「イギリスにおける共犯論」植松正ほか編『齊藤金作博士還暦祝賀・現代の共犯理論』(一九六四年)四四一頁以下、長島敦「アメリカにおける共犯論」模範刑法典を中心にして植松正ほか編『齊藤金作博士還暦祝賀・現代の共犯理論』(一九六四年)四六九頁以下、吉田常次郎「英米法における正犯と共犯」比較法五号(一九六七年)一頁以下、武田紀夫「英国判例より観たる共犯者の類型」東北学院大学法学政治学研究紀要一号(一九九三年)三頁以下、木村光江「イギリスにおける共犯の従属性に関する一考察」都立大学法学会雑誌三五巻二号(一九九四年)六七頁以下、十河太朗「イギリスにおける『共犯と身分』に関する一考察」同志社法学四七巻六号(一九九六年)二二八頁以下、同「イギリスにおける共犯関係からの離脱」同志社法学五八巻七号(二〇〇七年)九五頁以下、設楽裕文「イギリスを中心として観た共同正犯と共犯(一)、(二)、(三・完)——組織犯罪対策の観点から——」日本法学六八巻一号(二〇〇二年)一三九頁以下、同巻三号(同年)四九頁以下、六九巻一号(二〇〇三年)九三頁以下、坂本孝史「アメリカ共犯理論の諸相——派生の責任をその視座として——」神戸学院法学三四巻三号(二〇〇五年)三三頁以下、同「アメリカ合衆国における共犯責任の本質(一)——カリフォルニア州共犯判例を比較対象とした派生の責任の分析——」神戸学院法学三五巻二号(二〇〇五年)一〇三頁以下、同「第二次的犯罪関与者のメンズ・レア」神戸学院法学三六巻一号(二〇〇六年)一〇五頁以下、拙稿・前掲一頁以下などがある。また、アメリカ共犯論に係る文献紹介として、門田成人「アメリカ刑法理論に関する文献紹介(一)——共犯論(一)——」島大法学四三巻一号(一九九九年)一一九頁以下の連載がある。

(36) *Pinkerton v. United States*, 328 U.S. 640 (1946) を契機とした判例上の理論的展開により確立された原則である。*Pinkerton* 判決の邦語による評釈として、町野朔「コンスピラシー罪」伊藤正己ほか編『英米判例百選——公法』(一九七八年)一六二頁以下がある。

(37) なお、共謀罪に関連する実体犯罪の刑責に係るアメリカでの *Pinkerton* 原則を巡る議論の参照には次の点への留意を要する。すなわち、本原則自体は、前述のように共謀の対象ないし目的とされた犯罪(A罪とする)ではなかったが、当該共謀に起因して生じた実体犯罪(B罪とする)についての非実行者の刑責に係るものであって、関与者についての共謀罪の成否自体に関するものではない。つまり本原則は、右にいうA罪につき共謀罪が成立する(よってA罪については非実行者であっても正犯としての罪責を負う)関与者に係る、この者自身実行していないB

罪についての正犯としての罪責の肯否に関する理論であり、この者についてのB罪に係る共謀罪の成否とは関係がない（この者にはB罪についての実行者との合意がなかった以上、この非実行者にはB罪の共謀罪は成立しない）。ゆえに本原則は共謀罪の成立という前提をもたない非実行実体犯罪に係る刑責の負担可能性を肯定するものである。この点、わが国共謀共同正犯概念についても、もとより前述のようにその意義自体確定的とはいえないが共謀概念の理解如何によるものの、客観的謀議行為を不要とする結果、関与者の類型的事情を重視する傾向に至れば、アメリカにおける本原則のもとで大差ない帰結を生じえよう。

(38) 結局、共謀罪ならびに共謀共同正犯のいずれについても、その異同を含め共謀概念自体の確定（後者についてはさらに共謀共同正犯との概念自体のその実質に即した整序）が重要となろう。

## マーク・ノフェリ

### 「稀薄性の基準へ——Pinkerton 原則による共謀の罪責に対する

### デュー・プロセスに基づく『新たな』制約——」

#### 目次

##### I. はじめに

##### II. Pinkerton 原則に基づく共謀の代位責任

###### A. United States v. Pinkerton 判決

###### B. 代位責任の理論的正当化根拠

###### C. 共謀の代位責任の理論的正当化根拠

###### 1. 応報主義に基づく正当化根拠

###### 2. 功利主義に基づく正当化根拠

Ⅲ．「合理的予見可能性 (Reasonable Foreseeability)」とデュー・プロセス

Ⅳ．デュー・プロセスに基づく制約の理論的正当化根拠

A．デュー・プロセス条項の歴史

B．手続的デュー・プロセスの問題性

C．代位責任の範囲の無限定性

1．連邦量刑ガイドラインによるアプローチ

D．結社 (Association) による有罪

V．下級審裁判所における *Pinkerton* 原則とデュー・プロセス

A．「合理的予見可能性」の適用

B．初期の判例——「稀薄性」の採用

C．「軽微な関与を超えた関与 (More than Minor Participation)」

1．*United States v. Alvarez* 判決

2．*Alvarez* 判決後の連邦裁判所

3．*Alvarez* 判決後の州裁判所

D．デュー・プロセスに基づく制約としての「合理的予見可能性」

E．「稀薄性」の賦課

1．*United States v. Castaneda* 判決

2．*United States v. Walls* 判決

Ⅵ．デュー・プロセスに基づく「新たな」制約の定義づけ

A．稀薄性

1．類型的な稀薄性

2．事実的な稀薄性

B．「実質的な関与」

C．因果関係

Ⅶ．おわりに

## I. はじめに

Pinkerton v. United States 判決 (328 U.S. 640 (1946)) は、アメリカ刑法において最も尊重され、十分に確立され、そして検討をされてこなかった諸先例のうちの一つであるといわれる。一九四六年以来、Pinkerton 判決のもとで、被告人は他の共謀者 (co-conspirator) 達の犯罪につき、それらが「合理的に予見可能な (reasonably foreseeable)」ものである限り代位的に責任を負う (vicariously liable) と判断されうる。その他の点では Pinkerton 判決の射程は無限定である。被告人の関与の程度はほとんど問題とされない。

こうして Pinkerton 判決は、連邦検察官に対し、共謀における重要度の低い関与者の頭上で代位的な有罪判決の脅威を振りかざすことによつて有罪答弁や協力を促すための強力な道具を与えることとなった。合衆国政府が巨大な共謀組織に関与している犯罪者、すなわち企業犯罪に係わる者やテロリストを訴追する際には、Pinkerton 判決はかつてなく増大した重要性を帯びる。公刊された判例法はその影響力を明らかにしはしない、というのも、Pinkerton 判決の真の影響力は公判前の有罪答弁の取引の結果に決定的な影響を与えることにあるからである。

もつとも、静かにしかし確実に、Pinkerton 判決に対する憲法に基づく再検討が生じている。過去二〇年に渡り連邦検察機関の権限が増大するにつれて、裁判所は、被告人が認識せず、意図せず、近接もしていない犯罪につきこの者を代位的に有罪とすることに自責の念を示してきた。今や裁判所は、他の共謀者の犯罪からの関係性が「稀薄である (attenuated)」被告人につき Pinkerton 原則に基づく責任に対するデュー・プロセス (due process) 上の制約を承認している。数多くの裁判所が有罪判決の破棄さえ行っている。これらの裁判所は、Pinkerton 原則の確立以来意識されてこなかった根源的な公正性 (fundamental fairness) や「個人責任 (personal guilt)」とつた、長きに渡り維持されてきた概念を再び言明している。六〇年間に渡り、連邦最高裁は Pinkerton 原則につき沈黙を保つ

ているが、しかし共謀事案が最高裁に到達した場合には相当な変化が生じるかもしれない。

本稿のⅠ章において、筆者は、Pinkerton 原則とコモン・ローおよびその依拠する理論的正当化根拠を検討することによって、共謀の代位責任の背後にある理論的根拠を略述する。Ⅱ章において筆者は、Pinkerton 判決で連邦最高裁が示した「合理的予見可能性」との制約、および、その後の再検討の試金石を提供した反対意見による批判、すなわち「合理的予見可能性」はデュー・プロセスを保護するに不十分であるとの批判とを検討する。Ⅲ章において筆者は、証拠上の基準の弛緩、代位責任の範囲の無限定化の可能性、結社による有罪 (guilt by association)、との、反対意見の挙げる三つの問題性と、デュー・プロセス条項に対するそれらの関係性とを検討する。Ⅳ章では、Pinkerton 原則に基づく責任に対するデュー・プロセス上の制約につき下級審裁判所のなしている再評価を検討する。Ⅴ章において筆者は、この「稀薄性 (attenuation)」という「デュー・プロセスに基づく新たな制約」を表明してその理論的正当化根拠を検討し、連邦最高裁がこのような基準を採用するか否かについてとともに、その実務上の意義を考察する。

論述を始める前に、本稿は、共謀者の処罰の軽減を一般的に要請するものではないことを付言しておくことが重要である。本稿は代位責任につき論じるのみであって、共謀の責任自体に係るものではない。有罪判決を受けた共謀者は、共謀罪につきなおも峻厳な刑罰を受けるのであり、これは大半の事案においては、それらの者が実行を共謀した犯罪についてと同程度の、死刑が含まれるほど峻厳なものである。本稿はむしろ、共謀者が現実には実行しなかった犯罪につき代位責任を通じて付加的な刑罰が科されることについての正当化という問題に取り組むものである。



## II・Pinkerton 原則に基づく共謀の代位責任

### A・United States v. Pinkerton 判決

Daniel と Walter Pinkerton は兄弟であり、継続中であつた酒類密売の共謀のパートナーであつた。両者は Daniel の農場によつて生計を立て、二〇〇ヤード程度離れたそれぞれの住居で生活をしてゐた。両者は税法違反の共謀と、Walter の行為に基づく税法違反の実体的な違反についても訴追された。Walter によつて実行された実体犯罪 (substantive crime) に Daniel が直接関与し、またはこれを幫助もしくは教唆し (aided or abetted)、またはその実行を認識してゐたことと示す証拠はなかつた。

それにもかかわらず、Pinkerton 判決において連邦最高裁は、Walter の実体犯罪についての Daniel の有罪判決を維持した。最高裁は、「たとえそれが共謀を促進させる際に実行されたものであつても」、「実体犯罪の実行への直接的な関与」が必要であるとしていた下級審判例を明示的に破棄した。Pinkerton 判決にて最高裁は、共謀法のもとでは「犯罪における一人のパートナーによる顕示行為 (overt act) が全員に帰属されうる」とすれば、共謀を促進させる際のいかなる行為も「実体犯罪につき他の者も責任を負うと判示するためにそれらの者に帰属されうる」との理由づけをなした。メンズ・レア (mens rea (主観的要件)) に関しては、「その行為をなさうとする犯罪意図は共謀の形成によつて立証される。共謀者のそれぞれが犯罪の実行を煽動した (instigated) のであり、不法な合意 (agreement) はまさに実行されたことを企図してゐたのである」とする (最高裁は「他人に対し犯罪実行を勧告し (counsels)、周旋し (procures)、または命令した者は罪責を負うと判断する原則は同一の原理に基づいてゐる」と述べて、幫助および教唆の責任との類推を行っている)。

Pinkerton 判決の多数意見は確かに、その原則への制約を示唆してもゐた。最高裁は、他の共謀者によつて実行

された実体犯罪が「実際には共謀の促進においてなされたものではなく、不法な計画の範囲内にもなく」、「不法な合意の必然または自然な (necessary or natural) 帰結として合理的に予見可能」でもない場合には「事案が異なる」と述べていた。

## B・代位責任の理論的正当化根拠

論者らや裁判所は、刑事法学における根本概念として「個人責任」に頻繁に言及している。しかしながら、少なくとも共犯者 (accomplices) に関しては、代位責任はコモン・ローと同程度に歴史のあるものである。コモン・ローにおいては、一定の共犯者は伝統的に、例えば欺罔、強制またはあおりによって他人を通じた犯罪を完成させる被告人という実行行為者 (perpetrator) としてその犯罪のゆえに処罰されてきた。しかし Joshua Dressler 教授が主張するように、コモン・ローにおいては「正犯 (principal)」という関与者、すなわち犯罪の場に現在する者は別異に、そして一般に犯罪の「共犯 (accessory)」に対するよりもより峻厳に扱われていたのである。これらの相違は論理的な矛盾を生み出した。例えば、事前共犯 (accessories before the fact) は、実行行為者が有罪判決を受けない場合には、それがたとえ逃亡や死亡による場合であっても有罪とされなかった。最終的に、イギリスとアメリカの立法者は、実行行為者と二次的な犯罪者との間の区別を撤廃する立法改革を採ることによってこの矛盾を解決した。

Dressler 教授は共犯者の代位責任に係る三つの伝統的な正当化根拠を挙げている。第一の因果関係 (causation) は、純粹には代位責任に関係しない。例えば、もし共犯者が殺人を実行する者を雇うことによって犯罪を「惹起する」とすれば、ここで問題となるのは実行行為者のそれではなく共犯者の個人的な罪責である。加えて、「因果関係」が代位責任の理論的根拠を提供すると主張する者が一般にいうそれは、「あれなくば (but-for)」という因果関

係では決してない。例えば Paul Robinson 教授は、共謀の文脈において、Pinkerton 原則のもとでは共謀者は「実体犯罪が発生する状況を創出したまたはその創出を支援した」との意味で実体犯罪を「惹起する」と述べている。

第二は代理理論 (agency theory) であり、本理論においては、共犯者は自らに代わって行為する権限を正犯に対して付与したものと解されることとなる。しかしながら代理理論は、非難といういかなる道義的または応報主義的意義に基づくものでもなく、代理人の陳述を信頼することが合理的である場合の商人の保護という功利主義的政策の正当化根拠に基づくものである。加えて、民事上の代理法は一般に、当事者に対し他人による支配についての同意を要請するのに対し、刑事上の共犯者の責任 (より一層明確に言えば、Pinkerton 原則に基づく責任) はそうではない。Pinkerton 原則は本質的に、犯罪についての合意はその同意を与えるものであるとの推定をなしている。しかし Pinkerton 原則のもとでは、ある共謀者は自らが認識しておらずそれを承諾もしていない、他の共謀者による行為についても罪責を負わされうる。おそらくこれが、その行為が「合意の範囲内にあり」かつ「合理的に予見可能である」という要件の核心であろう。

最後の、そしておそらく最も確であるのは、代位責任は「人格主体性喪失 (forfeited personal identity)」の理論に基づいて正当化されうるといえるものである。主体性喪失は、道義的な不正をなす者に対して援用されることが頻繁である。それは例えば、正当防衛 (self-defense) において殺人をなすことがなぜ合法であるのか、または、有罪答弁をなした者はなぜ憲法上の権利の多くを失うのか、を説明する。Dressler 教授は、共犯理論のもとでは「他人の犯罪活動の一部となることを選択した共犯者は本質的に、『あなたの行為は私の行為である』と述べるものである」と主張している。しかしながら Dressler 教授は、人格主体性を喪失する者は憲法上の権利という防御物一式を失うがゆえに、人格主体性喪失の理論は行き過ぎであると論じている。つまり、本理論は個人的な有責任 (individual culpability) や侵害 (harm) に処罰を対応させるコモン・ロー上の伝統的な方式を無視するものであり、基本的

権利 (fundamental rights) が否定される可能性を生じ得るものである、と。

これらの正当化根拠は、犯罪に直接関与する伝統的な幫助者や教唆者の代位責任には妥当する。しかしながら、共謀に係る責任はこれとは異なる。共謀法は、その発生前の犯罪予防という功利主義的な考慮を主として承認されるものである。共謀については合意それ自体がアクトゥス・レウス (actus reus (客観的要件)) であり、よつてその処罰に関するいかなる応報主義的な思考も、実体犯罪への関与や因果関係についてではなくその合意にのみ基づいているのである。これら共犯者についてとは異なる、共謀の代位責任に係る正当化根拠については以下で論じる。

### C. 共謀の代位責任の理論的正当化根拠

#### 1. 応報主義に基づく正当化根拠

共謀の代位責任の理論的正当化根拠は、応報主義的な考慮よりもむしろ、ほぼ完全に功利主義的な考慮に基づいている。道義的なまたは応報主義的な理由に基づいて Pinkerton 原則に基づく責任または共謀の責任一般を擁護する論者や裁判所を見出すことは困難である。実際にも、Pinkerton 理論を支持する近時の指導的な論稿はそれを応報主義的な根拠により正当化しようと試みてはいない。

Dressler 教授は、共謀に係る Pinkerton 原則に基づく代位責任は、これが伝統的な幫助および教唆の有責性に基づくものではない限りにおいて、応報主義的な基礎を有しないことを示唆している。Dressler 教授は、惹起された侵害へと至る被告人からの因果連関 (causal link) がなく代位責任は応報主義的な基礎を有しないとして、因果関係の道義的な重要性を主張している。加えて、その侵害が存在する限りで、応報の程度は惹起された侵害に比例していなければならないとして、共謀者を実体犯罪をなした者と同様の峻厳さで処罰することに反対している。

しかしながら幾人かの論者は、犯罪の合意に加わる者は、応報主義的な処罰の基礎となる犯罪意図の表明をなす

ものであると論じている。当初の Pinkerton 判決はこのような理由づけに従うものであった。しかしながらこのような犯罪意図は一般的意図 (general intent) でしかありえず、共謀の目的を実現する特定の意図 (specific intent) たりえない。加えて代位責任に関しては今日、他の共謀者の実体犯罪に対する特定の意図は Pinkerton 原則のもとでの代位責任には要件とされていない。

Pinkerton 判決での連邦最高裁は確かに、実体犯罪に対する何らかの特定の意図が存在していた、Daniel と Waller Pinkerton のそのような状況を想定していたように思われる。Pinkerton 事件においては長期間に渡る共謀が存在しており、おそらく、某日に兄弟の一方が税法違反を実行することがなくても、翌日には他方がそれを実行していたであろう。この何らかの特定の意図という明確な要件が、Pinkerton 判決での最高裁による制約、すなわち、実体犯罪が共謀の範囲内にあり、共謀の促進に際してのものであり、「合理的に予見可能」であることという制約の核心をなしている。しかしながら Pinkerton 判決以来、諸連邦控訴裁判所は、当該犯罪が「合理的に予見可能」であって被告人が共謀における「『軽微な』関与を超えた関与者 (more than 'minor' participants)」である限り、共謀により意図された結果ではない犯罪に対して Pinkerton 原則を特に拡張してきている。

Robinson 教授は、被告人が Pinkerton 原則に基づいて代位的に有罪判決を下されるには、この者は、惹起された侵害への因果関係に係る最小限の非難可能な (culpable) 心理状態と、当該犯罪につき要件とされる非難可能な心理状態とを有していなければならないと主張している。教授は、当該犯罪につき要件とされている心理状態は、現状では Pinkerton 理論のもとで推定されていると認めている。しかしながら教授は、「ある者の行為が結果の惹起に際し実行行為者を支援することとなるか否かに係る心理状態は、……実行行為者の行為の結果に関するある者の心理状態からは区別される」と述べる。つまり、「ある者は実行行為者を支援しようとするかもしれないが、しかし侵害結果は発生しないよう望むかもしれない」、例えば、ある者は強盗を支援しようとするかもしれないが、

被害者が銃撃されることは欲しいかもしれない」と。Robinson教授は、Pinkerton原則における「合理的に予見可能」との原則は實際上、他の共謀者の犯罪につき過失(negligence)の基準を課しているが、少なくとも被告人は自らの行為が、他の共謀者がこの共謀者自身の特定犯罪を実行する可能性を高めるであろうことを認識しているべきであると提唱しているようである。したがって、Daniel Pinkertonは、兄弟が税法違反をなすであろう可能性を自らが高めていることを現に認識している(または認識すべきである)がゆえに、酒類に関する共謀における自らの行為のゆえに有罪である。しかしながら、薬物に関する共謀における低位の(low-level)薬物密売人は、その関与の程度のゆえに、自らの行為が他の共謀者のなす謀殺を助長することを現実には認識していないであろう(または認識していたものとして非難されるべきではない)。Robinson教授は、このような解釈は「我々の直観的な正義感(intuitive sense of justice)と調和する」と主張している。

## 2. 功利主義に基づく正当化根拠

Pinkerton原則による責任に係る功利主義に基づく正当化根拠はより一層有力である。裁判所や論者らは、集団(group)による行為の危険な性質に焦点を当てている。Callanan v. United States 判決(364 U.S. 587 (1961))において、連邦最高裁は以下のごとく、共謀の責任に係る長きに渡り支持されてきた理論的根拠を明示した。

協議して調整された行動は、犯罪目的が成功裏に達成される可能性を増大させ、また、関係する個人々がその犯罪性への道程から離脱する可能性を減少させる。犯罪目的のための集団の形成は、常にはないにせよ頻繁に、一人の犯罪者が実現しうるよりもより複雑な目的の達成を可能とする。共謀による集団のもつ危険性は、それが開始された特定の目的に限定されることもない。犯罪における結合はその集団が形成された当初の目的

とは無関係な犯罪の実行に一層至りやすい。要するに、共謀により創出される危険性は、その活動体の直近の目的たる実体犯罪に限定されないのである。

この理論的根拠によれば、集団の活動は結果として、一般に四つに類型化される危険性を生じることとなる。第一に、集団の活動は分業を通じて、より大規模な犯罪の実現を可能とする。「一人の人間が世界貿易センターのツインタワーを崩落させることはおそらく不可能であろう」。Neal Kumar Katyal 教授は、経済理論や組織理論に多く依拠しつつ、大規模な犯罪組織における分業がその目的の達成を促進することを強く主張している。例えば、「犯罪目的の活動体は専門家を雇用することができ、また、統合されていない個々人らにはなしえない利益の獲得をなすためにその規模を用いることができる」のである。

第二に、集団の活動はその分業を通じて、その犯罪の成功の可能性を増大させる。Katyal 教授が主張するように、共謀はその成員を「見張り (lookouts)」に割り当てることで探知される可能性を減少させ、また、法執行機関の買収に用いられうる極めて多額の資産を有している。社会科学的調査をも加味しつつも、Katyal 教授はまた、心理学的にも集団は個人よりもその目的の達成によりよく動機づけられうる可能性をも指摘している。

第三に、集団の活動は、一旦その集団に加わった共謀者がその犯罪への道程から離脱するであろう可能性を減少させる。一般通念からいくつかの社会科学的調査からも、「集団による激励や精神的支援は各成員の耐性を強める」ことが示されている。

第四に、集団の存在は、無関係な犯罪の発生の可能性を一層高める。「犯罪目的で形成された集団の存在は、直接に構想されていた犯罪と関係するもののみならず、それとは関係しないさらなる犯罪についても、継続的な活動核心を提供することとなる」。このことは、例えばマフィアや、地球的規模のテロリスト組織たるアルカイダ (Al

Qaeda)といった巨大な犯罪組織、また、議論はありうるが、エンロン(Enron)社といった企業組織にも特に妥当するであろう。この理論的根拠はPinkerton判決での連邦最高裁によっても援用されている。すなわち、「二人あるいはそれ以上の者にとって、共謀は、共謀者にとつてのさらなる常習的な犯罪遂行の教化や準備に「関係している」」と。

研究者は伝統的に、この理論的根拠を支持する経験的証拠は存在しないとして反駁を行ってきたが、Katz教授の論稿は経済学的分析と社会科学的調査とに基づいて、その間隙を埋めることを試みていた。

「集団の危険性(group danger)」との理論的根拠に従うことで、Pinkerton原則による代位責任を通じた共謀者への加重処罰は、いくつかの点での重要な犯罪抑止策と解されている。第一に、それは犯罪者となる可能性のある者につき、当初の段階で集団に加わることを抑止する。第二に、それは共謀者が、その犯罪組織による犯罪につきこの者が直面しうる終局的な責任を逃れるために検察側証拠(state's evidence)に転じることを促し、それにより犯罪組織による計画を頓挫させることが期待される。

しかしながらDresser教授は、共謀においては、共犯者や共謀者を正犯者と同様に峻厳に処罰することは、終局的な犯罪を実行させないようにする阻害要因を提供するものではないと主張する。Katz教授も、「もしある者が、自らは単なる雑輩にすぎない場合にも、主導者らの薬物売買につき罪責を負うと判断されるとすれば、この者は自らが主導者になり、または自らの活動レベルを高めるほうがよいということになる」と述べて、この問題性を認めている。この問題性に対するKatz教授の反論は、Pinkerton原則は合意の範囲内にある「合理的に予見可能な」犯罪についての責任を創出したのみであるので、Pinkerton原則は犯罪組織に対しその共謀の範囲を狭めることを促すのであり、ゆえに当初の共謀とは無関係な将来の犯罪の可能性を減じさせる、というものである。当然ながら、Katz教授の主張や抑止論一般は、犯罪者は完全な知識を有していること、すなわち、「犯罪者は共謀法の外枠線



を認識している」ということを前提としている。

### Ⅲ．「合理的予見可能性」とデュー・プロセス

Rutledge 裁判官は当初の Pinkerton 判決において、これを「危険な先例である」と称して反対意見を述べた。彼はその合憲性を三つの理由から批判した。第一に、Rutledge 裁判官は証拠法上の問題性を挙げる（彼の言葉によれば、「訴追の立証の弛緩」である）。第二に、Rutledge 裁判官は責任の範囲の無限定性を挙げる（彼の言葉によれば、「一旦合意の立証がなされれば生じる、他人の行為についての代位責任の範囲がほぼ無限定となること」である）。第三に、Rutledge 裁判官は結社による有罪（guilt by association）を挙げている（同裁判官の言葉によれば、「ある者に係る証拠を他の者に帰することによって有罪判決を確保するような裁判の心理的な利点」である。彼は、訴追裁量が「その選択についての新たな、より広範な、より疑わしい領域」にまで拡張されうるであろうことをも批判している）。Rutledge 裁判官は、デュー・プロセス条項またはその他の憲法上の規定については明示的には言及しなかったが、彼は「被告人の有罪判決は」憲法上の権利の文言には違反せずとも、その精神を破壊している」と主張した。

Rutledge 裁判官は「予見可能性」との制約を、以下のごとく不十分であると批判した。

法廷意見の理論は、Daniel と Walter は彼らの合意のゆえに犯罪に係る一般的なパートナーとなり、またその合意ゆえに、自身はそれ以上のごとはなさなくても Daniel は、当該合意において企図された犯罪の一般類型的性質の範囲にある、Walter がその後行ったあらゆることにつき正犯として罪責を負うこととなる、とす

るものであるように思われる……。

Rutledge 裁判官は、このような広範な代位責任は刑法の根本原理に抵触すると示唆した。彼は特に、以下のごとく代理理論を根拠とすることを批判した。

その結果は、企業の業務の過程で他のパートナーによってなされた行為につき、あるパートナーが負う民事上の代位責任と同様の、またはそれよりも広範な刑事上の代位責任ということになる。私の判断では、私法たる商法や不法行為法からのそのような類推は、その刑事法領域への移転としては危険である。本件において我々の取り組んでいる、犯罪というより重大な事柄への有罪判決というものは、代位的なものではなく個人的なものたるべきである。

Rutledge 裁判官の反対意見はその後の裁判所による、Pinkerton 理論に対するデュー・プロセスに基づく制約の明確化に理論的な基盤を設けるものとなった。自らの反対意見がこのような影響を有したことを彼が認識していたとは考え難い。裁判所は、一九四九年における Rutledge 裁判官の死後も長く、その後約三〇年に渡って、Pinkerton 原則に対するデュー・プロセスに基づく制約を明確に述べることはなかったのである。

#### IV・デュー・プロセスに基づく制約の理論的正当化根拠

Rutledge 裁判官は自らのいう三つの問題性、すなわち、証拠法上の問題性、代位責任の範囲の無限定性および結

社による有罪との諸問題がデュー・プロセス条項に根拠をもつものであることを示唆していた。少なくともその後  
の裁判所は、これらがそのようなものであると捉えていた。しかし、建国の父達(the Founding Fathers)がデュー・  
プロセス条項を起草した際に代位責任について考慮していたことを示す証拠はほとんど存在しない。裁判所の述べ  
る、Pinkerton 原則に対する「デュー・プロセスに基づく制約」は、より直截的には、デュー・プロセス条項の文  
面や歴史的解釈よりもむしろ、連邦憲法に先行しそれを形成している根本的な公正性(fundamental fairness)の概  
念に基づいているのである。このようなものとして、裁判所のいうデュー・プロセスに基づく制約は手続的および  
実体的デュー・プロセスの双方の複合的な問題性を提示しているのである。

#### A. デュー・プロセス条項の歴史

代位責任の概念が連邦憲法の起草者達を煩わすことがあったと仮定しても、デュー・プロセス条項の起草時にそ  
れにつき言及している者はいないように思われる。起草者達は当初、デュー・プロセス条項を今日におけるよりも  
より限定的なものとして、すなわち、立法者の恣意的で奔放な行為に対する制約として構想していた。例えば Alex-  
ander Hamilton は、「デュー・プロセス」につき「単なる立法府の活動によって『何人も、憲法のもつて享有して  
いるいかなる権利をも剥奪され、または廃止されてはならない』ということを確認に」させようと意図していた。  
このように、デュー・プロセス条項の起草者達は、手続的デュー・プロセスについての想定していたようである。

本質的には「デュー・プロセスの根本は歴史と哲学との混合から生じた」といわれる。ある論者はこれを、「社  
会的機関の正当性の道義的要件の概念に根差した」「恣意性のなさの保障」と称した。共謀の代位責任に対するデ  
ュー・プロセスに基づく制約に言及する際に根本的な公正性との考慮を挙げる裁判所は、デュー・プロセス条項に  
係るこのように極めて広範な実体的理解をその根拠としている。最終的に、もしも共謀の責任の理論的範囲が投網

を打つほどに広範であるならば、ある者の行為とその処罰との間の関係性は、その処罰が恣意的なものとなるほどに希薄である。この恣意性とは、本質的には、代位的な処罰が行き過ぎとなるところの限界線を設定する際に裁判所が取り組んでいる根本的問題である。

起草者達はデュー・プロセスを手続的なものと想定していたが、裁判所はそれ以来、実体的な領域へもデュー・プロセスを拡張してきた。代位責任は、実体と手続の双方が混成した問題性を包含している。Rulege 裁判官がその問題性を示したように、証拠法上の問題性は手続的デュー・プロセスに影響を与える。代位責任の範囲の無限定性は実体的デュー・プロセスにも関係する。つまり、ある者が手続上は公正な証拠に基づいて代位的に有罪判決を受けるかもしれないが、しかし他人の犯罪につき責任を科すことは我々の「直観的な正義感」に反するであろう。結社による有罪も双方に関係する。多元的な裁判の心理的利点は手続的な問題性を包含するが、「個人責任」との概念は実体的な問題である。

起草者達が共謀の代位責任をデュー・プロセスに関係するものと考えたことを示す証拠はほとんど存在しないが、このことは、デュー・プロセスの権利の存否に係る検討を排除するものではない。ある肯定的な主張は、「個人責任」とは、それなくしてはデュー・プロセスが存在しえないほどに「根本的な」権利である、すなわち、それはデュー・プロセスという憲法上の概念に先行し、それを形成しているものである、という。同様に「個人責任」との概念も、起草者達がデュー・プロセス条項を起草する際それへの言及を考慮しなかったほどに根本的なものであったのかもしれない。このような主張は、*Seminole Tribe v. Florida* 判決 (517 U.S. 4 (1996)) の路線の一連の諸判例において述べられた、*Rehnquist* 裁判官による主権免除に係る修正二一条の拡張的な定式化や、連邦最高裁判による「結社の権利」に係る修正二一条の定式化にその根拠を見出す。あるいは、個人責任は「権利章典における個別特定の保障……からの放射により形成された半影」、すなわちこの場合には、修正五条および同六条からの放射

の半影に由来する実体的デュー・プロセスの権利であるとも主張されよう。

## B・手続的デュー・プロセスの問題性

共謀者に代位責任を課することから生じる、様々の潜在的な手続的デュー・プロセスの諸問題が存する。

第一に、*Rutledge* 裁判官は、Pinkerton 原則の一つの帰結として「訴追の立証の弛緩」を挙げている。共謀罪に対してはより緩和された証拠上の原則が適用されることは十分に確立されている。おそらく、犯罪の合意はその性質上内密に行われる傾向にあるがゆえに、通常は許容されない証拠であっても共謀の存在の立証には用いられるのである。もしも共謀者達のうちのある者が検察側証拠とならない場合には、情況証拠や伝聞証拠、すなわち、他の共謀者や被告人自身の法廷外供述が共謀の存在の立証に用いられる。

他の共謀者に係る伝聞例外は特に注目し得る。共謀の促進の際になされたある共謀者によるいかなる行為または発言も、共謀に係る独立した立証がその承認の基礎を提供する限り、他の共謀者のそれぞれへの不利益証拠として許容される。「共謀の促進の際に」との要件は広範に解釈されている。さらには、発言が「共謀の促進の際」のものたることという要件は循環的なものとなりうる、というのも、発言それ自体が、当該発言がその促進の際になされたものであるところの共謀の立証に役立ちうるからである。

緩和された証拠上の基準は、Pinkerton 原則に基づく代位責任が主張されるいかなる共謀の裁判においても、特別の問題性を提起する。通常は許容されない証拠も共謀の存在の立証のために用いられる。しかしまた、そのような共謀の存在は被告人につき他の実体犯罪に係る責任を認めるために用いられる。實際上、Pinkerton 原則のもとでは、ある者に不利益な証拠を他の者を有罪とするために用いることが許されることで、代位責任は立証に係る機能的基準を低減させる役割を果たしている。裁判所は、謀殺の裁判において通常提示されるよりもより緩和さ

れた証拠上の原則のもとで、謀殺につき被告人を代位的に有罪としうるのである。

Pinkerton 理論は、実体犯罪に係る出訴期限 (statute of limitations) が経過したのち、しかし共謀に係るそれが経過する以前に他人の犯罪につき被告人を有罪とすることで、検察官による出訴期限の回避を許容するであろう。それは確かに、他の共謀者の犯罪につき被告人に不利な裁判地においてその公判をなすことを許容する。

Rutledge 裁判官は、「ある者に対する立証を他の者に対しても適用することにより有罪判決を得るといった裁判の心理的な有利さ」のゆえに Pinkerton 原則を批判する。共謀者達は同一の公判において審理されることが頻繁であるが、そこでは、陪審員が二人の被告人に不利な証拠を混同する可能性が高まる。Murphy 裁判官はこの問題性について、Pinkerton 判決の三年後の *Nye & Nissen v. United States* 判決 (336 U.S. 613 (1949)) において次のように述べて取り組んでいる。すなわち、「結社による有罪はいかなる共謀の訴追においても危険である。その帰結は、実体犯罪も同時に訴追されている場合にはより深刻となる。しかし、もしもマジック・ワードたる『勧告すること』や『勧誘すること (inducing)』が実体犯罪の『定義づけ』に投入されるとすれば、その危険性と帰結は新たに高度な領域へと達するであろう」と。実際にも、Pinkerton 原則に基づく責任が争点となり他の共謀者が特に悪辣な罪を犯した場合には、陪審員は、他の被告人を捕獲するために、事実に基づき立証可能であるよりもより広範に共謀の範囲を解釈するよう促されるかもしれない。あるいは、訴追されていない他の共謀者のある訴訟においては、陪審員は、その悪辣な犯罪につき「誰かある者」に罪責を負わせるために共謀をより広範に解釈するかもしれない。それにもかかわらず、基本的には、そのような緩和された証拠基準自体がデュー・プロセス条項に違反するかは明確ではない。被告人達は、*In re Winship* 判決 (397 U.S. 358 (1970)) に基づいて、検察側は「被告人が」訴追されている犯罪を構成するに要するあらゆる事実」につき合理的な疑いを超えた立証をせねばならず、共謀の訴訟における緩和された証拠上の原則は「合理的な疑いを超えた」との基準よりも低い程度に基準を低下させているため

に、デュー・プロセス違反となる、と主張してきた。しかしながら、このような主張は拒絶されている。

証拠収集の困難さと社会的に危険な者が処罰を免れる可能性とのゆえに、共謀罪については緩和された基準が許容されるということは十分に確立されているように思われる。本質的に、集団による活動は社会に対して、特別の処罰を要するほどの特別な危険性を提起するという Pinkerton 原則の理論的根拠を信頼するとすれば、特別の処罰もまた緩和された証拠の基準に服することとなる。

### C. 代位責任の範囲の無限定性

Jackson 裁判官はかつて、「共謀の歴史は」、「原理のもつ傾向、すなわち、自らをその論理の限界まで拡張しようとする傾向」の例証である」と述べた。このことは、「一旦なされた合意の立証に基づく、他人の行為に対するほぼ無制限な代位責任の範囲……」に対する Rule4e 裁判官の懸念の背景となっている。

Pinkerton 原則のもとでは、合意の範囲がその実体においても規模においても検討の鍵となる。共謀が広範で大規模に画されればされるほど、多くの成員による共謀の「促進過程における合理的に予見可能な行為」への共謀者の責任は大きくなる。巨大な組織は特に「共謀」の広範な画定に服しやすい。例えばテロリズムの文脈では、議論の余地はあるものの、合衆国政府は刑事共謀を「アルカイダ」のごとく広範に画定した。アメリカ人タリバン兵たる John Walker Linth に関する事件と、二〇〇一年の同時多発テロ関係者とされた Zacarias Moussaoui に関する事件 (United States v. Moussaoui 判決 (333 F.3d 509 (4th Cir. 2003))) において、政府は實際上、共謀を「アメリカ人殺害のための継続中の共謀」と画定したことは注目に値する。

代位責任の潜在的に無制約的な性質のゆえに、模範刑法典 (Model Penal Code) は Pinkerton 理論を拒否している。同法典注釈書いわく、「ある犯罪 (共謀) のゆえに、自らが全く影響を与えていない多数の犯罪につき責任を負う

と判断されるとすれば、法律は比例性の意義を完全に失うであろう」。多数の州もまた Pinkerton 原則を拒否している。ある研究者はこれを、「チェスにおける各ポーン (pawns) がキングとの間でチェス遊びをなすことを共謀していると考えるとき不合理」と称した。

おそらく、「合理的予見可能性」は代位責任への制約として作用するであろう。しかし実際には、「合理的予見可能性」はその基準を主観的な予見可能性から客観的なそれへと事実上転化させることもその理由の一つとなつて、極めて広範に解されてきた。例えば裁判所は、Pinkerton 原則を、共謀において意図されてはいなかったが「合理的に予見可能な」結果をも包含させるものと解し、また、薬物に係る共謀では銃器の存在は「合理的に予見可能」との自動的な推定を被告人の意図とは無関係に確立するものであると解している。もしも特定の犯罪または侵害自体ではなく、犯罪の種類 (type) が「合理的に予見可能」であるならば、Pinkerton 原則のもとでは「合理的に予見可能」なものとして十分でありうる。このようなものとして、裁判所は、「合理的に予見可能」との要件は代位責任に対する有意な制約を提供するものではないと批判してきた。すなわち、『予見可能性』とは過失法における文である。これは刑法上の概念としては例外的なものであり、そして確かに、刑事責任に対するデュー・プロセスに基づく有意な制約を課する概念ではない……。中心人物であると末端の者であるとを問わず、薬物に係る共謀へのいかなる関与者も、銃器が用いられうることを予見しうるであろうことは確実である」と。

Pinkerton 原則に基づく責任の潜在的な範囲は疑いなく広範である。しかしながら、Pinkerton 原則の射程自体がこれを違憲なものとするかとの問題は、極めて不明確である。その解答は、代位責任の歴史的な理解や、幫助または教唆をなしていない者に係る「個人責任」との概念が実体的 (または手続的) デュー・プロセスたる権利となるほどこに基本的なものであるかに大きく依拠している。または逆にいえば、Dressler 教授が指摘するように、代理理論や主体性喪失との考え方は、これらが共謀者に適用される場合には連邦憲法に包含された刑法の基本概念におそら



く抵触するのであろう。

# 1. 連邦量刑ガイドラインによるアプローチ

興味深いことに、「量刑ガイドラインのもとで被告人が責任を負うと判断されうる行為の範囲は、共謀法によって包含される行為よりも著しく狭い」。連邦量刑ガイドライン (Federal Sentencing Guidelines) は、被告人の責任を「被告人「各自」の合意に包含された、特定の行為と目的の範囲」に限定することで、Pinkerton 原則の広範な射程を抑制している。

本ガイドラインは裁判官に対して、被告人の犯罪の基本等級 (base offense level) を「重要な行為 (relevant conduct)」におくことを要請し、そして、共謀者に係る「重要な行為」を Pinkerton 原則とほぼ同一の文言を用いて規定している。すなわち、「共同して実行された犯罪活動の場合には」、重要な行為は「共同して実行された犯罪活動の促進の際に合理的に予見可能な、他の者によるあらゆる作為または不作为」をいう (1B1.3条(a)項(1)号(B))、と。しかしながら、量刑委員会の当時の委員長であった William Wilkins とその他の立案者達は、(a)項(1)号(B)は「量刑原則であり、他の共謀者の責任に係る Pinkerton 原則と同様に拡張的なものでは必ずしもない」と述べていた。すなわち、「広範な共謀においては、ガイドラインの範囲を解釈する際に考慮される重要な行為は、共謀におけるすべての被告人につき同じとはならないであろう。各人は Pinkerton 原則のもとで等しく有罪の責任を負うかもしれないが」と。

Wilkins 委員長と John R. Seer 氏の共著論文は啓発的なものであって、本論文では以下のように、連邦量刑委員会長の「代位責任の無限定的な範囲」についての Rutledge 裁判官の懸念を明示的に認めている。

模範刑法典の起草者達は「ある者が共謀という自己の一つの犯罪のゆえに、『自らが完全に認識しておらず全く影響を与えていない多数のその他の犯罪につき責任を負うと判断されるとすれば、法律は公正な比例性の意義を完全に失うであろう』と指摘した」。(マ)「したがって、重要な行為とのガイドラインの適用に当たっては、委員会は、必要な場合には裁判所が他の共謀者達の間で異なる決定をなすことを意図していた。……もしも有罪の責任に係る Pinkerton 原則が量刑の際にも厳格に反映されるとすれば、……大規模な麻薬犯罪団体における個々の小売人は、その巨大な共謀における他のすべての小売人によってなされたあらゆる麻薬販売につき共犯として責任を負うと判断されよう。そのような責任は活動の全体を指示し支配する頂点にある者に対しては正当化されようが、共謀におけるより低位の関与者に同じ結果を課するのは明らかに不適切である。

Wilkins 委員長と Steer 氏が指摘するように、ガイドライン注釈書は「合理的予見可能性」に係るこの限定的な解釈の具体例を提供する。例えば、「もしも A が、船荷において持ち込まれるマリファナの輸入に係る継続中の共謀にて訴追されており、B が Mary Jane 号という一隻の船からのマリファナの荷降ろしを援助することに合意しているとすれば、B の犯罪等級は Mary Jane 号におけるマリファナに基づいて決せられることとなろう。A がもたらした他の船に積載されたマリファナは、これらは B が A とともに行った犯罪活動の一部ではないので、B の犯罪等級の決定には用いられない」。このことは、被告人が他の輸送についても代位的に責任を負うことを許容する Pinkerton 理論には完全に反している。

このように、連邦制度のもとで本ガイドラインは、各被告人が関与した共謀の範囲につき個別的に決定されることを要請することによって Pinkerton 原則に由来する無限定的な代位責任を潜在的に制約している。Wilkins 委員長は自らの論文において、もしも共謀者の行為が「合理的に予見可能」であって「共謀の範囲内にある」場合には、

ガイドラインはなお処罰が Pinkerton 原則に基づく責任の場合と同様に峻厳となりうる可能性を許容するものであると述べている。しかし裁判所は、「事案ごとの事情」に基づいて判断をせねばならない。このため第二巡回区連邦控訴裁判所は、共謀の範囲を決定する際に考慮すべき次のような三つの要素を確認した。すなわち、a) 当該活動における関与者らはその資産を共同管理していたか、b) 被告人はその計画の形成または執行を支援したか、および c) 被告人が果たすことを合意した当該計画における役割、である (United States v. Studley 判決 (47 F.3d 569 (2d Cir. 1995)))。実際には、同裁判所は量刑に際して、「実質的な関与 (substantial participation)」とのテストを課している。

本ガイドラインの有する制約的な役割はいくつかの帰結をもたらす。一つには、本ガイドラインにおける Rule 6e 裁判官の懸念の成文化がこれらを実体的デュー・プロセスの要求としてよりもむしろ手続的なそれとして重要なものとするかもしれないことである。「他の文脈では些事への拘泥と解されうることも、量刑の際の事実認定の帰結が本ガイドラインのもとにおけると同様に実体的なものである場合には、完全なるデュー・プロセスなのである」 (United States v. Perrone 判決 (936 F.2d 1403 (2d Cir. 1991)))。Booker 判決 (United States v. Booker, 125 S.Ct. 738 (2005)) によれば、「勧告的なガイドライン」がなお「デュー・プロセス」との形式的な装飾を有しているのかは疑わしいといわれる。

#### D・結社 (Association) による有罪

Rule 6e 裁判官は、修正五条のデュー・プロセス条項に基づいて、有罪は「個人的なもの」たるべきこと、すなわち、陪審員はある者の犯罪についての立証を他人に帰してはならないとの問題性を提起していた。これに関連する修正一条に基づく問題性は「結社による有罪 (guilt by association)」すなわち、ある者が他の者と結合関係にあること自体が犯罪とされることである。共謀が大規模な組織に関係するものである場合、修正五条の「個人責任」

と修正一条に関係する「結社による有罪」の双方が関連しうることとなる。連邦最高裁は、それぞれ別の機会に「個人責任」との概念はデュー・プロセス条項に基づくものであると述べたが、いずれの場合にも、言論および結社の自由という修正一条の諸権利もまた関連していた。

*Scales v. United States* 判決 (367 U.S. 203 (1961)) において、連邦最高裁は「個人責任」をデュー・プロセスの本質的利益であるとして広く定式化した。最高裁は、合衆国政府の暴力による転覆を唱道する組織への成員となることを犯罪化する制定法のもとで訴追された共産党構成員の事案を検討することとなった。最高裁は「わが国の法学においては、有罪は個人的なものであり、そして地位 (status) または行為に基づく処罰の賦与が、その地位または行為が他の犯罪活動と認められたものへの関係性を援用することによってのみ正当化されうる場合には、……その関係性は修正五条というデュー・プロセス条項に基づく批判に抗するには個人責任の概念を満たすに足るほど実質的なものでなければならない」と判示している。

それにもかかわらず最高裁は、修正一条および同五条のいずれのもとでも、当該制定法が合憲であることを是認した。「有罪認定に対する受容されてきた制約を強調する」際に、最高裁は、連邦議会がデュー・プロセス条項のもとで結社による何らかの関係性を規制する権限を有することの証拠として、共謀法を引用した。最高裁による分析は、「成員であること」と「基礎となる実体的な違法行為」との間の関係性、および、「当該関係性が実際にはあまりに希薄であつて」代位責任を課することができないものであるかに焦点を当てていた。しかしながら最高裁は、「犯罪活動を行う」組織に関する状況において、「特に違法なそれらの活動の成功に貢献することを意図しつつ、当該組織内での地位において行動的かつ認識的に作用する者が」、もしこの者が「犯罪の認識や意図をも有する『行動を伴う (active)』成員であるならば」、「訴追を免れる……べきであるということには理由がない」と考えていた。

本質的には、*Scales* 判決において最高裁は、「個人責任」に基づくデュー・プロセス上の制約を構成する際に共

謀法との類推をなしている。すなわち、「犯罪活動を行う集団の成員であることと、その関与者の多くが認知されておらず訴追もされていない大規模な共謀の成員であることとの間には大幅な相違はない」と。本判決において最高裁は、巨大組織を「共謀」と定義づけることに問題はないと解している。その組織が犯罪をなすものである限り、そして被告人がそれを「認識し」、「その犯罪をなすとの主張を促進することがこの者の目的であった」限り、伝統的な共謀法上の諸原則、すなわちデュー・プロセス条項のもとでの非難を許容する諸原則が適用されるのである。

しかし、*Scale* 判決において最高裁は、「個人責任」は共謀の代位責任に対する二つの潜在的な制約を含意していることを認めていた。第一に、最高裁は共犯責任と共謀責任との間の区別を承認しており、そして代位責任を共謀ではなく共犯に密接に関連したものと定義づけた。最高裁は、「共謀者は、自らの共謀ゆえに共犯であると考えられ、それゆえに実体犯罪についても有罪とされるのかについての純粋な問題」について言及していたが、しかしこれにつき判断を下すことはしていない。

第二に、最高裁は、犯罪活動への関与、いい換えれば犯罪活動からの稀薄性が、有罪認定に対するデュー・プロセスに基づく制約のための重要な検討対象となることを認めた。最高裁は、「成員たることは、それがたとえ認識と特定の意図との諸要素を伴うものであっても、当該組織の犯罪活動とされたものへの不十分な関与量 (*quantum of participation*) を付与するものでしかないとの主張」につき言及している。しかしながら最高裁は、「犯罪の認識と意図をも有している『行動を伴う』成員」に適用される限りで当該制定法を合憲であると判示し、「……それによつて、その支援に際していかなる重要な活動も、またそのような活動を行うためのいかなる関与をも伴わない、犯罪団体とされたものへの賛同の表明……にのみ基づく有罪を阻止している」。最高裁は本質的に、被告人による関与の度合いからメンズ・レアが推定されうる場合には代位責任が合憲であると判示しており、これはその後、

Pinkerton 理論への制約を解釈する諸裁判所によって繰り返されているアプローチである。

Scales 判決に基づいて、下級審裁判所は時に、一般に刑事事件の領域外においてではあるものの、「個人責任」が実体的デュー・プロセス上の根本的利益であることを認めている。より最近には、指定テロリスト組織への「重大な支援」を禁止する制定法を違憲と宣言するために「個人責任」の理論を復活させてきた。Humanitarian Law Project v. United States Dept of Justice 判決(352 F.3d 382 (9th Cir. 2003))において、第九巡回区連邦控訴裁判所は、Scales 判決に依拠しつつ、被告人がテロリスト組織への重大な支援の提供ゆえに有罪判決を受けるには、少なくとも当該組織の不法な活動を認識していることが必要であるとした。

## V. 下級審裁判所における Pinkerton 原則とデュー・プロセス

### A. 「合理的予見可能性」の適用

Pinkerton 原則における「合理的予見可能性」との基準は広範囲に渡る諸事件において適用されている。特に、Pinkerton 原則は、特定の犯罪に対する直接的な関与の立証が困難である、巨大組織に係る犯罪において有用でありうる。

Pinkerton 原則は企業犯罪において頻繁に活用されている。共謀は「市場濫用 (market abuses)」を共同して行う多数の被告人に関係することが頻繁な犯罪のごとき、財政犯罪との関係において特に有用である。例えば、企業の会計担当者は、たとえ自らがそれを準備しまたはそれに署名をしたのではない場合にも、虚偽の所得税申告書の提出につき責任を負わされうる。また、収益を高騰さす計画における企業取締役は、たとえこの被告人自身がそれに個人的に関与したのではなくとも、他の取締役によるこの取締役自身への融資の保証のためのその企業名の詐欺的

利用につき責任を負わされうる。また、自ら過大評価であると認識している融資を承認した企業の役員は、失職したくないがゆえに最高経営責任者（CEO）に協力したのだと主張しても、同責任者による実体的な銀行詐欺との犯罪につき有罪とされうる。Pinkerton 原則はまた、厳格責任（strict liability）犯罪に係る代位責任を課すためにも用いられうる。例えば、連邦環境法規の違反につき「黙示的な合意」に達した三名の企業職員は、他の者によるこれらの法規の実体的な違反につき全員が責任を負わされうる。

重要なことは、Pinkerton 原則は企業に対し、他の共謀者による実体犯罪につき共謀者として代位的に責任があるとするためにも用いられうることである。このことは、相互に共謀をなしたその被用者達の行為につき企業が責任を負わされうるかとの問題を生じる。一般に、裁判所は企業が責任を負わされうると判示してきた。また企業は、その被用者が「企業と共謀をなした」こと、これは時には一度だけの共謀的賛同的な拍手でもありうるが、これゆえにその一人の被用者の行為につき理論的には責任を負わされうる。ある論者によれば現在、自然人たる二人の共謀者が存在するのでない限り企業は責任を負わないことへの「明確な総意」があると考えられるが、常にそうであるわけでもない。

合衆国政府は、Pinkerton 理論の適用をテロ事件において次第に増加させつつある。例えば、一九九三年の世界貿易センター爆破事件での訴追において、共謀者たる被告人は同センター爆破との実体犯罪につき代位的に有罪判決を受けた。前述の近時の John Walker Linch と Zacarius Moussoani に係る各事件においては、合衆国政府は公判前の申し立てにおいて Pinkerton 理論を提示したようである。前者の事件は公判には全く至らなかったため、そこにおいて本理論が陪審員に受容されその主張が支持されるかを推測することは困難である。

現在国際テロに関与しているアルカイダのような組織の巨大な性質ゆえに、理論的には、責任の範囲に関する問題が生じる。ある論者は、「Pinkerton 原則をその論理的限界まで及ぼすならば、九月一日の犯罪につき当時のア

ルカイダの活動員のいかなる者に対しても、たとえこれらの成員がその攻撃への同意も、参加も、またはその認識もなかったとしても、そしてアルカイダに所属すること以外その攻撃の促進に何らの行為をもしていなくとも、責任を負わせることを根拠づける」と述べている。もちろんその場合には、Pinkerton 原則に基づく責任はアルカイダに所属している共謀者となる可能性のある者に対する功利主義的な抑止として正当化されうるかがより大きな問題となる。

Pinkerton 原則の活用は大規模な薬物犯罪に係る共謀のような、より伝統的な組織犯罪に対して十分に確立されている。最も典型的には、Pinkerton 原則は、他の共謀者による銃器の所持につき被告人に責任を認め、これにより自動的に、薬物犯罪に関連した銃器の「使用もしくは携帯」に係る合衆国法典第一八編九二四条(c)項に基づく五年の加重刑を認めるために用いられてきている。Pinkerton 原則に基づく責任は RICO 法違反の共謀に基づいても課されており、それによって組織の成員全員を結合する大型共謀 (super-conspiracy) のようなものを創出する可能性を生じている。

他の共謀者の行為に対する Pinkerton 原則に基づく責任の概念は数多くの領域における民事責任の賦与についても拡張されてきた。例えば、企業は反トラスト法違反の共謀の場合に他の共謀者の行為につき責任を負う。伝統的に、企業または個人は証券法違反の共謀における他の共謀者の行動についても責任を負うと判断されてきた。しかしながら、幫助または教唆は反詐欺規定たる一〇bー五に基づく民事責任の根拠とはなりえないと判示した *Central Bank of Denver v. First Interstate Bank of Denver* 事件における連邦最高裁の判決 (511 U.S. 164 (1994)) のち、共謀による責任もまたそうであるのかは不明確である。また、破産宣告をなす債務者は、もしもそれが他の共謀者の不正行為に由来するものである場合には負債を免除されない。

より最近には、私人が、テロリストに対する重大な支援の提供に起因する「合理的に予見可能な」活動につき、



この提供者を民事的に訴えるために Pinkerton 原則を活用し始めている。例えば、*Ungar v. Islamic Republic of Iran* 判決 (211 F. Supp. 2d 91 (D.D.C. 2002)) においては、パレスチナのテロリスト達によって射殺された男性の遺族が、その銃撃者を支援したハマス (Hamas) に対して支援をなしたイラン・イスラム共和国を訴えている。加えて、民事 RICO 法違反に係る代位責任を（それにより三倍賠償責任を）課すために Pinkerton 原則を用いることを許容する裁判所もある。

### B・初期の判例——「稀薄性」の採用

Pinkerton 原則に基づく責任がデュー・プロセスの問題性を生じるかもしれないとの考えは、七〇年代半ばから八〇年代初頭にかけて、一連の判例がその反対意見や傍論においてその考えを再度論じるまでのおよそ三〇年間に渡り、意識されていなかった。もともと、裁判所は、その限界線をいずれに設けるべきかを明示するよりもむしろ、デュー・プロセスに基づく理論上の制約が存在しうることを承認することのほうにはるかに好意的であった。そして、被告人が共謀に強く関与していたこれら初期の諸判例においては、その終局判断において、その限界線の設定はほとんど問題とならなかった。

*Park v. Huff* 判決 (506 F.2d 849 (5th Cir. 1975)) においては、被告人たる Park は酒類に係る共謀をなしていた。証拠によれば被告人は、その計画遂行に対して捜索を行い酒類を差し押さえた郡訟務長官の殺害を他者に依頼して金銭を支払っており、そして被告人は（おそらく）Pinkerton 原則のもとで謀殺の有罪判決を受けた。しかしながら、被告人の他の共謀者による謀殺に関する法廷外証言がその証拠の基礎となっており、そして被告人たる Park はこれを対面条項である修正六条に基づいて攻撃した。第五巡回区連邦控訴裁判所は、謀殺は酒類に係る共謀の促進に際してのものであり、謀殺に関する他の共謀者の法廷外証言は共謀の促進に際してのものであるから、これは

伝聞原則に対する例外として許容されうると理由づけることによって被告人の有罪を維持した。本質的に、酒類を販売し謀殺を実行するという一つの共謀が存在したか、または、これら両者をなすことのそれぞれについての二つの共謀が存在したかは重要ではない。

Thornberry 裁判官は反対意見を述べ、次のように主張した。すなわち、原判決において裁判所が Pinkerton 理論に依拠したのであれば対面条項の問題は生じない、つまり、州は単に酒類に係る共謀に Park が関与したことの立証と、これに基づく、謀殺に関する彼の代位的な有罪の立証とをなさなければならぬのみであり、ゆえに法廷外証言は彼の防御にとつて関係がないこととなる、と。しかしながら同裁判官は、「Park は Pinkerton 理論に基づく謀殺に係る自らの有罪の有効性に対しデュー・プロセスに基づく異論を提起するかもしれないと私は考える」と述べた。しかし彼は何らの説明をも加えてはいない。

United States v. Decker 判決 (543 F.2d 1102 (5th Cir. 1976)) において、第五巡回区連邦控訴裁判所は、薬物頒布計画における共謀者に対し、共謀による薬物の遠方販売につき責任を認めるために Pinkerton 原則を適用した。Park v. Hurt 判決の反対意見を引用しつつ、同裁判所は、「他人の犯罪行為に対して代位責任を認めることはデュー・プロセスに基づく明確な異論を生じうるが、共謀の文脈ではそれは当裁判所において十分に支持されてきた」と述べた。これは Pinkerton 原則をデュー・プロセス条項に関連つけた初めての多数意見となった。同裁判所はなぜ異論が「明確な」ものであるのかを説明しなかったが、これは Pinkerton 原則とデュー・プロセスを巡る法学を通じて繰り返されるパターンである。

United States v. Blitz 判決 (533 F.2d 1329 (2d Cir. 1976)) において、第二巡回区連邦控訴裁判所は、会社の株価操作の共謀を扱ったが、これは一人の首謀者による二つの並行的な工作、すなわち、暴力を通じて買収に圧力をかける「ボイラー室 (boiler room)」と称される工作と、これとは別の、顧客への株式販売を違法に高い手数料であ

ることを認識しつつ行う株式仲買よって行われたものであった。これら二つの工作が相互に関係することはなかったが、一方における被告人らとは他方の証券詐欺および郵便詐欺との違反につき有罪判決を受け、その逆もまた同様であった。同裁判所はそれを「巨大な、確固たる共謀」と称しつつ、幫助および教唆の理論に基づいてその有罪を維持したが、本件証拠は Pinkerton 原則のもとにおいてもまた十分であると思われることも述べている。

反対意見は、他方の行動についての一方の被告人らの有罪の破棄を主張した。その理由づけは、刑事法の文脈での代理理論に対する *Ruleless* 裁判官による批判と同じものであった。すなわち、「そのような予見可能性のテストは不法行為責任の根拠を提供するかもしれないが、その関係性は幫助および教唆の理論に基づく刑事法上の有罪判決の根拠となるにはあまりに希薄であるとの印象を私は抱く」と。反対意見はさらに、Pinkerton 原則（もしくは伝統的な幫助および教唆の原則）から生じる責任の範囲の無限定性をも批判している。すなわち、「本理論のもとでは、主要人物は自らが何らの支配をも及ぼしておらず、自らが何らの現実的な関係性をも有していない他者の行為につき、これら他者が単に広範かつ緩やかに結び付いた共謀の成員であることのみをもって処罰されうる」と。

*United States v. Moreno* 判決 (588 F.2d 490 (5th Cir. 1979)) において、第五巡回区連邦控訴裁判所は再度、デュー・プロセス上の問題性が生じる可能性を認めたが、しかし有罪判決は維持している。被告人は薬物密輸計画の陸揚げ側の「計画者かつ促進者」であり、密輸船着岸に協力させるため倉庫の管理人を買収するという「陸揚げ時の行動を伴う関与者」であった。被告人は頒布目的での薬物所持の共謀と、自らは当該薬物を物理的に所持することは決してなかったにもかかわらず実体的な所持罪につき有罪判決を受けた。同裁判所は *Park v. Hurt* 判決を引用しつつ、「幾人かの当裁判所裁判官は代位的な有罪にはデュー・プロセス上の制約がありうる」との懸念を表明してきた」が、「……これら「共謀者」の行為を「被告人に」帰することは、我々にとってデュー・プロセスに関する懸念を生じさせるほどに希薄なものではない」と述べた。

このように判示することで、Moreno判決は、Pinkerton原則に対するデュー・プロセスに基づく主張を評価するための「稀薄性」との基準を述べた初めての多数意見となった。「稀薄性」基準は事実に係る文脈において意味をなす。被告人は薬物頒布計画の首謀者であって犯行時たる当日の夜に現在しており、この者はおそらく、Pinkerton原則に依拠することがなくても幫助および教唆の理論に基づいて有罪判決を下されたとであろう。被告人はPinkerton原則による「合理的予見可能性」の解釈に完全に該当する。つまり、Daniel Pinkertonと同様に、被告人は当日の夜には薬物を所持していなかったが、他日の夜にはそうでなかったかもしれない、また被告人は確かに、同士の一人がその取引の成功を確実とすることを意図していたのである。実体的な所持罪に対する被告人の意図は、この者自身の行動から、過失としてよりもむしろ認識 (knowledge) として推定されうる。

United States v. Johnson 判決 (730 F.2d 683 (11th Cir. 1984)) において、第一巡回区連邦控訴裁判所は、被告人の有罪判決を維持しつつ、Moreno判決によるデュー・プロセスに関する「稀薄性」の解釈を是認した。本件において、被告人は銀行頭取であり融資担当職員であった。彼は、それが虚偽情報を含んでいることを認識しつつ、他の共謀者による連邦中小企業庁 (Small Business Administration) への申請の系統処理を行った。被告人は連邦機関への不実陳述の提示の共謀について、他の共謀者による不実陳述提示との実体犯罪につき代位的に、ともに有罪判決を受けた。第一巡回区連邦控訴裁判所はMoreno判決を引用しつつ被告人の有罪判決を維持した。すなわち、「しかしながらMoreno判決におけるように、HillとJohnsonの行為を「銀行頭取に」帰属させることは、本件においてそのようなデュー・プロセス上の問題が妥当するほどに希薄なものではない」と。Moreno判決におけるように、実体犯罪に係る被告人のメンズ・レアは高度なものであり、かつ彼の関与は幫助および教唆を構成しうるほどに直接的なものであった。

初期の諸判例は代位責任の肯定が容易な事案に係るものであって、被告人らは共謀に強く関与していた。Blitz

判決を除き、被告人らは他の共謀者の実体犯罪が「合意の促進過程におけるもの」たることを明確に認識していた。これらの被告人らはその大半が共謀と同じほど容易に幫助および教唆として有罪判決を下されたとであろう。正確に言えば、この時点ではいまだ裁判所は、デュー・プロセスはいかなる場合に希薄な関与者または実体犯罪に係るメンズ・レアを欠いている者に対する代位的な共謀の責任を阻止するののかとの問題に取り組むことを必要としていなかったのである。

C. 「軽微な関与を超えた関与 (More than Minor Participation)」

1. United States v. Alvarez

United States v. Alvarez 判決 (755 F.2d 830 (11th Cir. 1985)) において、第一一巡回区連邦控訴裁判所は、意図してはいないが合理的に予見可能であった共謀の結果について代位責任を課するために、Pinkerton 原則の拡張を行った。しかしながら、Pinkerton 原則をその理論的限界まで拡張しつつも、本判決はこれらデュー・プロセスに基づく限界を一層明確に述べている。

本件においては、薬物取引の結果として銃撃戦が発生し、秘密捜査官一人が殺害された。その共謀への関与の程度は異なる三人の被告人らは Pinkerton 原則のもとで謀殺につき代位的に有罪判決を受け、これを争い上訴した。

本判決において第一一巡回区連邦控訴裁判所は、Pinkerton 原則に基づく責任が生じる三つの一般的状況を詳述した。第一は、他の共謀者の実体犯罪が共謀と主張されたものの主要目的の一つでもある場合であって、その例としては、他の共謀者による薬物頒布の罪につき被告人が責任を負うと判断される、薬物頒布の共謀が挙げられる。

第二は、他の共謀者の実体犯罪が共謀の主要目的のうちの一つの実現を直接に容易にする場合であって、その例としては、そこで銃器が使用される薬物頒布の共謀が挙げられる。第三の、そして本件 Alvarez 事件がそうである状

況は、「合理的に予見可能」ではある実体犯罪が「共謀につき当初意図されていた範囲内にはない」場合である。

本判決において第一一巡回区連邦控訴裁判所は、この第三の事例には *Pinkerton* 原則の適用があると判示したが、その限界も認めている。同裁判所はこれらの限界を二つの問題性に結びつけている。第一に同裁判所は、何らかのメンズ・レアが必要であることを示唆しつつ、被告人の「個人的な有責性」に焦点を当てている。すなわち、「当裁判所は、個人的な有責性にかかわらず、合理的に予見可能ではあるが当初意図されていなかった実体犯罪につき、全ての共謀者が *Pinkerton* 原則のもとで責任を負うとされうるとするいかなる先例をも……見出さない」、と。第二に同裁判所は、第二、第五、第一一の各巡回区連邦控訴裁判所がそうであったように、「稀薄性」とデュー・プロセスとの間の関係性を繰り返し述べている。すなわち、「さらに当裁判所は、共謀者と実体犯罪との間の関係性が希薄な事例においては *Pinkerton* 原則に対するデュー・プロセスに基づく制約がありうることに留意している」と。

これらの限界に基づいて、本判決は、合理的に予見可能ではあるが当初意図されていなかった実体犯罪につき *Pinkerton* 原則に基づいて有罪判決を受けた被告人らにつき、「軽微な関与を超えた関与」との基準を課した。本件事案については、同裁判所は三名の被告人全員につきこの基準を充足すると認めている。つまり、被告人らの「個人的な有責性」については「三名全員が薬物の共謀に係る『軽微な』関与を超えた関与者である」と。加えて、過失よりも高度なメンズ・レアの存在を示唆しつつ、「三名の上訴人はすべて、少なくとも謀殺に至るある程度の状況や事象につき現に認識していた」と述べている。「稀薄性」との問題に取り組みつつ、同裁判所は、「三名の上訴人と謀殺との間の関係性は *Pinkerton* 理論に対して存在する可能性のあるデュー・プロセスに基づく制約に抵触するほど希薄なものではない」と結論づけている。本判決において同裁判所は、本判決による *Pinkerton* 原則の拡張は「狭い領域」内のもの、すなわち「軽微な関与を超えた」関与、または「少なくとも、合理的に予見可能では

あるが当初意図されていなかった実体犯罪に至るある程度の状況や事象の現実の認識」から個人的な有責性が立証されうる本件のような事案に限定されると特に言及している。

それゆえに本質的には、本件 *Alvarez* 判決において同裁判所は、Pinkerton 原則に基づく代位責任につき二段階の検討を創出したことになる。第一は、被告人は実体犯罪につき「個人的な有責性」、すなわちメンズ・レアを有していなければならないということである。メンズ・レアは被告人の行為から客観的に推定されうる。実体犯罪が予見可能ではあるが意図されてはいない場合、被告人の行為はメンズ・レアの代替となりうる。これは、もし彼が「軽微な関与を越えた関与者」であって、たとえ彼の実体犯罪に対する「特定の」意図が認識であるよりもむしろ過失である場合であってもその「一般的」犯罪意図の推定がこの者を十分に有責的であるとする場合にはである。共謀へのそのような「関与」は、共謀それ自体が「行為をなすという犯罪意図」を「確立させる」という Pinkerton 原則の理論的根拠に類似したものであろう。この「関与」基準はまた、*Scales* 判決のいう「個人責任」事案における「関与量」との要件に等しいものでもある。

しかし、このような公式化において黙示されているのは、「デュー・プロセス」、またはより正確には、正義と「個人責任」についての我々の直感的歴史的観念が、それを超えて Pinkerton 原則のもとでの責任に基づく有罪判決を妨げるところの、犯罪からの一定水準の「希薄性」が存在するということである。いい換えるならば、合理的な陪審員であれば、そのような「希薄な」被告人が他の共謀者の実体犯罪に関しそれに足るメンズ・レアを十分に有しているであろうとは認定しないということである。あるいはおそらく、他のデュー・プロセス上の問題が生じるであろうことである。Rule 602 裁判官が援用したように、「希薄な」状況においては代位的な有罪は実際上おそらく、伝統的な証拠原則を通じて立証される個人責任というよりもむしろ「ある証拠を他人に帰する」という「結社による有罪」であろう。

## 2. Alvarez 判決後の連邦裁判所

Alvarez 判決ののち、Pinkerton 原則とデュー・プロセスを巡る法学の状況は変化した。今や裁判所はデュー・プロセスに基づく分析を決する参照点を獲得したのであり、この参照点は「希薄性」(またはこれに関連する概念たる「軽微な関与を超えた関与」)である。裁判所は一般に、Alvarez 判決による、デュー・プロセスを充足するための「希薄性」の分析を一応は行いつつ、意図してはいなかったが予見可能であった犯罪への Pinkerton 原則の拡張を是認している。

United States v. Chorman 判決 (910 F.2d 102 (4th Cir. 1990)) において、第四巡回区連邦控訴裁判所は、盗品たる自動車の「回収・交換」計画における二人の被告人の有罪判決を維持した。一方の被告人である Chorman は盗品自動車計画において用いるための自動車をオークションにて購入し、他方の Erdman はこれらの自動車を購入する「フロント」企業の社長を務めていた。被告人らはともに盗品たる自動車の州際輸送の共謀と、Pinkerton 原則に基づく責任を通じた、他の共謀者による盗品自動車の州際輸送とこれらの車両の自動車登録番号の変更との実体犯罪について、有罪判決を受けた。

第四巡回区連邦控訴裁判所は、盗品たる自動車の輸送という他の共謀者による実体犯罪は Alvarez 判決という第一類型の範疇、すなわち当該犯罪が共謀の目的に等しい場合に完全に該当し、それゆえに Pinkerton 原則のもとで許容されるものであることを示唆した。自動車登録番号の変更を通じた司法妨害については、Alvarez 判決という第二類型の範疇、すなわち共謀の目的の達成を促進することに該当するようであった。そこで同裁判所は自動車登録番号の変更に係る有罪を維持する際に「デュー・プロセスに基づき存在しうる制約に抵触するほど希薄」ではないとして、Alvarez 判決と同様の判示をなした。

United States v. Mothersill 判決 (87 F.3d 1214 (11th Cir. 1996)) において、第一巡回区連邦控訴裁判所は再び、「合



理的に予見可能ではあるが当初意図されていなかった実体犯罪」に係る有罪判決を維持するために、同裁判所自体の Alvarez 判決に基づく基準を適用した。本件では、薬物に係る大規模な共謀における四人の関与者が州警察官の死亡につき Pinkerton 原則に基づいて責任を認められた。彼らの他の共謀者の一人は、目撃者がいた場合にこれを殺害することを意図して爆弾を製造しており、州警察官が爆弾を搭載した自動車を路肩に停車させそのトラックを開いた際、爆弾が爆発しこの警察官が死亡することとなった。被告人らは薬物に係る共謀において「重大な役割」を果たしたものと判示されており、四人のうちの三人もそれに先行する別の薬物取引人の謀殺にある程度の役割を果たしていた。

第一巡回区連邦控訴裁判所は、Alvarez 判決による「合理的に予見可能ではあるが当初意図されていなかった実体犯罪」への拡張を繰り返したが、しかしそれが「Alvarez 判決が認めたように、デュー・プロセスにより制約されなければならない」ことも承認している。同裁判所は、デュー・プロセスが「軽微な関与を超えた関与」、または「合理的「に予見可能」ではあるが意図されていなかった実体犯罪に至る状況や事象についてのある程度の」現実の主観的認識によって充足されることを再確認している。

本 Mothersill 判決において第一巡回区連邦控訴裁判所は「合理的予見可能性」を広範に解釈し、これにより、殺害される特定の人または殺害の方法が「合理的に予見可能」であったか否かではなく、一般的な「人の殺害」が「合理的に予見可能」であったか否かという検討を構築した。同裁判所は、「共謀の利益の促進のために凶器や有形力が暴行または脅迫として用いられる頻度」を援用した。これに基づいて、同裁判所は「Alvarez 判決により促進されたデュー・プロセスについての考慮を認識しつつ、かつその限定的な判示に拘束されつつ」、Pinkerton 原則に基づく責任につき被告人の「個人的な有責性が……十分である」と認定している。Alvarez 判決がそうしたように、Mothersill 判決も別個に「希薄性」を検討し、警察官の死亡が「Pinkerton 原則に対するデュー・プロセスに基

づく制約に違反するほど希薄なものではない」と認定した。

しかしながら、すべての裁判所がこのような意図されていなかった殺人に対する代位責任がデュー・プロセスを充足すると判示してきたわけではない。United States v. Cherry 判決 (217 F.3d 811 (10th Cir. 2000)) にて第一〇巡回区連邦控訴裁判所は、傍論において、Alvarez 判決による「合理的に予見可能ではあるが意図されていなかった実体犯罪」への Pinkerton 原則の拡張を採用することを明示的に否定した。すなわち、「共謀の当初の目的ではなかった第一級謀殺に対する他の共謀者の責任を認めるために[Pinkerton]理論を拡張することを、当裁判所は決して行っていない」と。

第一に、本 Cherry 判決において第一〇巡回区連邦控訴裁判所は、個人的な有責性が十分に存在するかを問題とした。すなわち、「脅迫および暴行が薬物に係る特定の共謀の予見可能な結果であろうとなかろうと、第一級謀殺の責任は単なる予見可能性よりもはるかに厳格な特定の意図の要件をその内容としている」と。これは本質的には、共謀への「軽微な関与を超えた関与」によって示される一般的な犯罪意図が実体犯罪（少なくとも、謀殺のように重大な犯罪）に係る特定の意図の要件を充足するには完全に不十分であることを含意している。

第二に、同裁判所は責任の無制約的な範囲を問題としている。すなわち、「この方法で」Pinkerton 原則に基づく実体的な責任を拡張することは、明らかに、軽微な薬物頒布をなすのみの全ての他の共謀者を、共謀の範囲やその暴行の経過その他の類似の諸要素についての認識に関わらず、第一級謀殺につき責任を負うこととなる。このような結果は、Pinkerton 原則に固有の、デュー・プロセスに基づく制約と明らかに抵触する」と。

### 3. Alvarez 判決後の州裁判所

Pinkerton 理論についての、より考察されかつ詳細な検討のいくつかは、本理論に従う州における州裁判所から

生じている。これら諸判例は州法に係る先例にも依拠しているが、Pinkerton 理論とデュー・プロセスにつき連邦裁判所が採ってきた理論的アプローチに従いこれを敷衍するものである。

Everitt v. State 判決 (588 S.E.2d 691 (Ga. 2003)) において、ジョージア州最高裁は Pinkerton 原則に従いつつも、放火の共謀に由来する他の共謀者による謀殺につき被告人に責任を認めることを拒否している。被告人たる Everitt は、保険金を目的として、自らのガソリンスタンドの焼損を他の共謀者に依頼した。この他の共謀者は、さらに他の男性に対し自らへの援助を依頼したが、その後、この男性が共謀について暴露することを恐れてこの男性を殺害した。

ジョージア州最高裁は、Pinkerton 原則に基づいた被告人の有罪判決を破棄した。「合理的予見可能性」要件を限定的に解釈しつつ、同最高裁は、被告人の共謀（本件においては、放火の実行の共謀）と他の共謀者の犯罪との間の因果連関を要求しているようである。すなわち、「被告人は、それらが共謀の自然かつ相当な (natural and probable) 帰結であるといえる場合にのみ、そのような二次的な行為についても刑事責任を負わされうる」と。同最高裁は、当該犯罪が「不法な合意の必然または自然な帰結」であることという Pinkerton 原則の本来の公式に限定的な解釈を加えた初めてのものであろう。つまり、「本件の事実関係の下では、その謀殺が……放火の実行の共謀の必然的で相当な帰結であると合理的に予見はされえない」、「もしも当裁判所がこれとは異なる判示をなすとすれば、当裁判所はデュー・プロセスに係る重大な問題に取り組むことを強いられるであろう」と述べているのである。

第一巡回区連邦控訴裁判所は Mothersill 判決において、このような「自然かつ相当」という解釈を拒否していた。おそらく薬物頒布の共謀は、放火に係る場合よりも一層そうであろうが、「必然または自然」な帰結として暴行を伴うであろうし、また Mothersill 事件における被告人は、先行する暴行による謀殺への特定の関与のゆえに、この謀殺に対して、たとえ無謀 (reckless) または過失である場合であつてもより個人的に有責的であろう。

State v. Coltherst 判決 (820 A.2d 1024 (Conn. 2003)) において、コネチカット州最高裁は Alvarez 判決の路線による理由づけを是認し、「必然かつ自然」との路線による理由づけを特に拒絶している。被告人たる Coltherst とその友人は何者かに対して自動車の乗っ取り (carjack) を行うことを決意した。被告人の友人は銃器を所持し当初はそれを被害者から自動車乗っ取りをなすために使用したが、被告人はその銃器の存在を彼らが犯罪を計画した際に認識しており、かつ運転中のある時点でそれを握持してもいた。被告人の友人は最終的に被害者を射殺し、そして被告人は他罪についてとともに、Pinkerton 原則のもとでの重罪謀殺罪化 (felony murder) につき有罪判決を受けた。

Alvarez 判決を引用しつつ、コネチカット州最高裁は被告人の有罪を維持したが、他方で Alvarez 判決が設定した「希薄性」との制約を承認している。すなわち、「Pinkerton 原則のもとでは、他の共謀者の殺害意図はその意図を共有していない被告人にも帰属される。もちろん、被告人の役割と他の共謀者の行為との間の関連性が「……被告人に罪責を認めることが不正義となる……ほどに希薄または間接的」ではない場合には」と。

しかしコネチカット州最高裁はさらに、「必然または自然」との公式が Pinkerton 原則を制約するに何らかの役割を果たすことを特に否定してもいる。同最高裁は、共謀は将来の犯罪の場となるとの「集団の危険性」という理論的根拠を援用しつつ、「犯罪の共謀の一つの自然かつ相当な結果は当初意図されていなかった犯罪の実行である」と判示している。「被告人が『犯罪行為の個別的な経過の推進に必要な役割を果たした』場合には、……当該行為からの自然かつ相当な、自らが意図してはいなかったが予見すべきであった結果について……Pinkerton 原則……に基づいてこの者に代位責任を認めることは不当で「はない」。同最高裁は、「行為をなすとの犯罪意図は共謀の形成から推定される」という Pinkerton 原則の本来の公式に立ち返っている。

このように、コネチカット州最高裁による「個人的な有責性」の解釈は Robinson 教授によるそれよりも広範であるように思われる。被告人たる Coltherst は自らの行為が被害者の射殺される可能性を高めることを明らかに認

識していたが、同最高裁による解釈は、共謀に関与するいかなる被告人も、無関係な犯罪が発生する可能性を自らが高めることとなることを知覚すべきであると暗示するものでありうる。

State v. Bridges 判決 (628 A.2d 270 (N.J. 1993)) において、ニュージャージー州最高裁は、Pinkerton 理論を貫くいくつかの理論的要素を明示的に検討した。本件において、被告人とその友人はある集いに銃器を持参していた。被告人は喧嘩を始め、その友人は銃器を取り出し発砲を始めた。傍観者の一人が被弾により死亡し、被告人は他罪とともに、不法目的および無許可での銃器所持の共謀と、加重暴行の共謀および Pinkerton 原則に基づいた謀殺により有罪判決を受けた。

本判決においてニュージャージー州最高裁は第一に、他の共謀者についての責任が代理理論に基づくものであることを再確認した。第二に、同最高裁は、Pinkerton 原則に基づく責任のもとでの「合理的予見可能性」とは客観的基準に従うものであって主観的なそれではないことを再確認した。すなわち、「[Pinkerton 原則が]他人の行為につき各共謀者に代位責任を課すとされるのは、合理的予見可能性という客観的基準に基づくものであることに異論はない」と。第三に、同最高裁は、Alvarez 判決による「希薄性」の基準および連邦裁判所の諸先例と同様のことを述べた。同最高裁は、意図されていなかった実体犯罪に対する Pinkerton 原則に基づく責任は、Alvarez 判決におけるごとく、その帰結が「当初の共謀と密接に関連する (closely connected)」ものである限り、デュー・プロセスに違反するものではないと判示した。同最高裁は確かに、「それが必然的に事実に係るものであるがゆえに」その基準の適用が「困難かつ複雑」となるうことを認めている。

最後に、ニュージャージー州最高裁は因果関係の問題に明示的に取り組んでいる。同州刑法典の一条項は、明らかに模範刑法典に依拠しつつ、「当該犯罪が、被告人が目的にまたは認識しつつ特定結果を惹起することを要件としている場合には、現実の結果は、情況に応じて行為者の企図もしくは予見の範囲内になければならず、または

そうでない場合には、現実の結果は、企図されもしくは予見されたものと同種の被害もしくは侵害に係るものでなければならず、他人の自発的な行為につきあまりに関係性が低く、その発生が偶然的であり、それに影響を与えるものではないがゆえに当該行為者の責任もしくはこの行為者による犯罪の重大性に全く何らの関係をも有していない場合であってはならない」と規定している。同最高裁はこの制定法に基づきその「密接な関連」との限界を公式化している。興味深い点は、同最高裁は、共謀者に対する代位責任を完全に排除するために本法に依拠することはせず「集団の危険性」との理論的根拠を援用しており、また、そのような内容であるニュージャージー州法も共謀者に係る代位責任は明示的に是認していることである。

#### D・デュー・プロセスに基づく制約としての「合理的予見可能性」

裁判所は一般に、*Alvord* 判決に従いつつ、「稀薄性」とのデュー・プロセスに基づく制約（と「軽微な関与を超えた関与」との基準の両方またはいずれか一方）を *Pinkerton* 原則にいう「合理的予見可能性」との要素に適用している一方で、いくつかの連邦裁判所は「合理的予見可能性」自体をデュー・プロセスに基づく制約と解釈している。これら連邦裁判所は、薬物に係る共謀者が他の共謀者による、合衆国法典第一八編九二四条(c)項に該当する（ゆえに自動的に五年の刑の加重がなされる）銃器の使用につき代位責任を負いうるかとの問題の文脈にてそのように解している。これら連邦裁判所は「稀薄性」との表現を用いているが、そういう「稀薄性」とは、被告人と他の共謀者による実体犯罪との間の事実的な稀薄性（attenuation in fact）というよりもむしろ、薬物犯罪と銃器犯罪との間の類型的な稀薄性（attenuation in kind）である。こういったものとして、これら連邦裁判所は総じて「予見可能である」として代位責任を是認している。

*United States v. Johnson* 判決（886 F.2d 1120 (9th Cir. 1989)）において、第九巡回区連邦控訴裁判所は、九二四条

(c)項に該当する他の共謀者の銃器使用につき Pinkerton 原則に基づいて被告人の有罪を維持した。被告人は隠れ家にいたところを発見されたが、警察官はその家の中と、被告人の他の共謀者によって窓から投げ捨てられたもの、および、別の他の共謀者の車内で、各一丁の銃器を発見した。被告人はコカインの頒布目的所持の共謀および Pinkerton 原則を通じて銃器の意図的な使用につき有罪判決を受けた。

第九巡回区連邦控訴裁判所は、「薬物産業は危険かつ暴力的なビジネスである」との推定を援用しつつ、被告人の有罪判決を維持した。同裁判所は「共謀者と実体犯罪との間の関係性が希薄である事案においては Pinkerton 理論に対してデュー・プロセスに基づく制約が課されうることを認める」際に、確かに Alvarez 判決を援用している。しかしながら、同裁判所による分析は薬物ビジネスにおける予見可能性の推定にのみ基づいている。同裁判所は、「稀薄性」を事実的なそれとしてではなく薬物犯罪と銃器犯罪との間の類型的なそれと解釈しているようである。薬物取引は暴力的であると推定されるがゆえに、このような文脈においてはいわゆる「稀薄性」との制約は幻想にすぎないものとなる。

第六巡回区連邦控訴裁判所はこの理由づけを United States v. Christian 判決 (942 F.2d 363 (6th Cir. 1991)) において定式化した。すなわち、「Pinkerton 原則の基礎にある予見可能性との概念は同時にデュー・プロセス違反の可能性の基礎となる最大の問題でもある」、「本件においては予見可能性はあまりに希薄<sup>(薄)</sup>ということはない。十分に承認されてきた、薬物と銃器との間の関連性は認められる……」と。

しかし、第六巡回区連邦控訴裁判所は近時、Pinkerton 原則に基づきつつ「合理的に予見可能ではない」として、銃器に関する被告人の有罪判決を破棄した。United States v. Wade 判決 (318 F.3d 698 (6th Cir. 2003)) においては、被告人は薬物取引のために自動車を運転し、警察官によってその同乗者席の一つの下から銃器が発見されたことで銃器に係る違反につき有罪判決を受けていた。同裁判所は、そこには「薬物取引は銃器を伴うとの一般化された推

定以上のものが存在しなければならない」と判示して、銃器に係る有罪判決を破棄した。販売された薬物の量の少なさと被告人における薬物取引経験の欠如とを考慮して、同裁判所は「予見可能性」につき十分な証拠はないと認定した。

本判決において同裁判所は Christian 判決を引用しつつ、そのなす予見可能性の検討を「デュー・プロセス」の議論として構築している。しかしその検討は代位責任の合憲性についてではなく、むしろ証拠の十分に焦点を当てたものであった。そこでの問題は Pinkerton 原則がデュー・プロセスに適合するか否かではなく、むしろ被告人が Pinkerton に該当するか否かであった。「予見可能性」を「デュー・プロセス」に等しいものとする諸判例は誤解を与えるものであろう、というのも、デュー・プロセスは争点とはなっていないからである。マサチューセッツ州裁判所の Gertner 裁判官は傍論において、次のようにこの批判をなしている。

「Pinkerton 原則の基礎にある予見可能性との概念は同時にデュー・プロセス違反の可能性の基礎となる最大の問題でもある」との……着想は十分なものではない。実際のところ、もしもデュー・プロセスが予見可能性以上のものを要求しないとすれば、予見可能性によって規律される Pinkerton 原則がデュー・プロセスによってある程度はより限定的に「制約され」うると述べることは完全に非論理的である。「予見可能性」とは過失法上の文言である。これは刑法上の原則的な概念ではなく、刑事責任に対してデュー・プロセスに基づく有意な制約を設ける概念では決していない……。少なくとも一つの裁判所は予見可能性とデュー・プロセスとの各検討を別個のものとして扱っている。

Alvarez および Christian の両判決によれば、我々は、デュー・プロセスに基づく制約としての「希薄性」につき、



二つの対立する定義を有しているようである。一方は *Alvarez* 判決における第一巡回区連邦控訴裁判所による事実的な希薄性、すなわち、被告人の行為と他の共謀者の実体犯罪との間の時間的地理的離隔である。他方は *Christian* 判決による典型的な希薄性との定義、すなわち、被告人が関与した共謀の類型と他の共謀者が実行した犯罪の類型との間の希薄性である。しかしながら、第二の定義は *Pinkerton* 原則による「予見可能性」のテストのいい換え以上のものではないように思われる。

## E. 「稀薄性」の賦課

### 1. *United States v. Castaneda* 判決

*United States v. Castaneda* 判決 (9 F.3d 761 (9th Cir. 1993)) において、第九巡回区連邦控訴裁判所は、デュー・プロセスを根拠として *Pinkerton* 原則に基づく有罪判決を破棄した初めての裁判所となった。しかし同裁判所はその判決を典型的な希薄性と事実的なそれとの混成に基づかせており、希薄性の二つの定義を混同させている。

被告人たる *Leticia Castaneda* の夫である *Victor* は、大規模なヘロインとコカインの頒布計画において「強力な支援者の役割」を果たした (*Victor* の兄弟である *Uziel* はその供給者であった)。同裁判所の判示によれば、*Leticia* の当該計画における役割は、彼女が婚姻関係にあったという範囲内での、僅かな部分的なものであったようである。つまり同裁判所は、彼女の役割を「僅か」で「受動的」なものと表現している。政府側による彼女に対する証拠は彼女と他の共謀者との間の六回の会話からなるものであった。例えばその一つにおいては、彼女の夫が薬物販売につき他の共謀者に電話を架け、その後受話器を *Leticia* に手渡し、彼女が日常会話を始めたというものであった。またある時点では、彼女の夫が彼女に、薬物についての情報を他の共謀者に伝えるよう頼んだことから、彼女はこれを行うとともにその後日常会話を始めたというものであった。

Leticiaはコカインとヘロインの頒布の共謀と、別の四人の他の共謀者による銃器使用に基づく、薬物犯罪に関連した銃器使用の七つの訴因につきPinkerton原則を通じて代位的に有罪判決を受けていた。銃器に係る訴因のうちの二つについては、前提犯罪 (predicate offense) は彼女の共謀についての有罪であり、他の六つについては前提犯罪は他の共謀者による薬物所持罪であった。これらの六つにつき、二つのレベルの代位責任、すなわち、他の共謀者の犯罪（彼女は訴追されていない薬物所持罪）と、その共謀者の犯罪（彼女が訴追されている、九二四条(c)項に該当する銃器規制違反）に係るその共謀者の行為に基づく刑の加重の両者に対する代位責任を課すためにPinkerton原則が効果的に用いられている。

代位的な所持罪に基づく銃器に係る六つの訴因につき、本判決において第九巡回区連邦控訴裁判所は、「デュー・プロセスの限界線が超えられている」と判示している。同裁判所はそのデュー・プロセスの解釈を公式化する際に、Alvarez判決の路線の一連の先例とChristian判決に係るその両方を引用している。デュー・プロセスを「希薄性」の問題として構築するよりもむしろ、同裁判所はその検討を「被告人と実体犯罪との間の関係性が軽微 (slight) である」か否かの問題であると述べている。同裁判所はChristian判決を引用しつつ、「Pinkerton原則の基礎にある予見可能性との概念は同時にデュー・プロセス違反の可能性の基礎となる最大の問題でもある」と繰り返し述べた。本件Castaneda判決において同裁判所は、核心となる問題が「前提犯罪との関係で銃器が用いられるかもしれないことが被告人にとって合理的に予見可能であったか」であると判示することで、Christian判決による「類型的な希薄性」の検討の分析に従っているようにみえる。

しかし、本件Castaneda判決において第九巡回区連邦控訴裁判所は、Leticiaについての前提犯罪からの事実的な希薄性をその有罪判決の破棄の根拠としている。同裁判所は、Leticiaの状況を、「実質的な証拠が被告人を前提犯罪に結びづけていた」それまでの諸先例から区別した。同裁判所はLeticiaを共謀に関係づける証拠を検討し、「Lei-

cia による共謀への参加の欠如と前提犯罪への関与の欠如とを考慮すれば、当該犯罪との関係での他の共謀者による銃器の使用は彼女にとっては合理的に予見可能ではない」と結論づけた。

結社による有罪もまた本件 Castaneda 判決における第九巡回区連邦控訴裁判所の理由づけに役割を果たしている。同裁判所は、「Leticia を前提犯罪へと関係づけている証拠は彼女の婚姻関係しかないように思われる」との懸念を表明している。「結社による有罪の立証に抗する一般原則は Pinkerton 原則と九二四条(c)項の文脈にも同様に妥当する」と。

Castaneda 判決を適切に範疇化することは困難である。本判決において第九巡回区連邦控訴裁判所は、「被告人と実体犯罪との間の関係性」が離隔しており、デュー・プロセスが妥当すると判示していることから、あるレベルにおいては「事実的な希薄性」との基準のようなものを適用しているようにみえる（同裁判所は Alvarez 判決による「軽微な関与を超えた関与」とのテストと同様のことを述べつつ Leticia の関与に焦点を当ててもいる）。しかし重要であるのは、Castaneda 判決において同裁判所は、前提犯罪が Leticia の訴追されている共謀である部分については彼女の銃器に係る有罪判決を破棄しなかったことである。もしもデュー・プロセスが「事実的な希薄性」と等しく、または「軽微な関与」に基づくものであるとすれば、それは本件において Leticia の代位責任を妨げるものはなかった。

もう一つの理解は、Castaneda 判決は単に、「予見可能性」が「デュー・プロセス」に等しいと理由づけ銃器犯罪が予見可能ではないとの十分な証拠に基づいて判決をなした Christian 判決に追隨しているにすぎないというものである。しかしまた、第九巡回区連邦控訴裁判所は前提犯罪が薬物頒布の共謀である場合に「予見可能性」の問題を見出していない。つまり本質的には、Castaneda 判決において同裁判所は Christian 判決がそうしたように判断し、被告人が代位的に責任を負うと判決したのである。

Casaneada 判決による理由づけは憲法上の問題と制定法上のそれとの奇異な混成に基づくものであるように思われる。本判決は二つのレベルにおける代位責任、すなわち、彼女の他の共謀者の薬物所持との前提犯罪および銃器使用による刑の加重との二つに基づく有罪判決を破棄したにすぎない。こうして本判決は、前提犯罪と代位的な犯罪との間の関係性の検討において Christian 判決が「類型的な稀薄性」に焦点を当てたことと同様のことを述べたのである。しかし、Pinkerton 原則に基づく共謀法のもとでは、二つのレベルの代位責任は無関係であるように思われる。もしも「犯罪における一人の顕示行為が全員に帰属されうる」とすれば、そして薬物所持時の銃器使用行為が偶然にも二つの犯罪の責任を根拠づけるものであるとすれば、当該行為が「合理的に予見可能である」限り、両方の犯罪についての代位責任を課すことに何らの問題もないように思われる。Casaneada 判決において第九巡回区連邦控訴裁判所は「当裁判所による本日の判決の射程は狭いものである」と述べて、予見可能性が前提犯罪と刑の加重の双方への責任を根拠づけるかとの問題を判断することを明示的に拒否している。しかし、もしもそれが争点ではなかったのであれば、なぜ自身の共謀の訴追に基づく Leticia の有罪判決が維持され、しかし他の共謀者の所持罪に基づくそれが破棄されるのであろうか。

Casaneada 判決において第九巡回区連邦控訴裁判所は、「希薄性」という何らかのデュー・プロセスの基準が存在することを暗示した。しかし、もしも同裁判所がそのような基準を適用したのだとしても、同裁判所はそれを明確に定義づけることも、その有意な適用も行っていない。Casaneada 判決の唯一の論理的な影響力は、検察官に対して代位的な刑の加重に係る前提犯罪を、他の代位的に課される犯罪ではなく共謀そのものとして訴追するよう要請することのみであらう。

Casaneada 判決は肯定的に援用されてきているが、しかしその影響力は明確ではないように思われる。United States v. Collazo-Aponte 判決 (216 F.3d 163 (1st Cir. 2000)) において、第一巡回区連邦控訴裁判所は、薬物に係る共謀に

基づく九二四条(c)項のもとでの被告人の代位的な有罪判決を維持した。被告人たる Collazo-Aponte は一〇年間に渡る長規模な薬物に係る共謀の一員であつて、暴力団抗争が発生したのちに大量の薬物を販売していた。彼は頒布目的での薬物所持の共謀と、Pinkerton 原則のもとで代位的な銃器使用につき有罪判決を受けていた(こうして、検察官は Castaneda 判決で提示されていた二つのレベルの代位責任を回避していた)。

Collazo-Aponte 判決において第一巡回区連邦控訴裁判所は、Castaneda 判決によるデュー・プロセスの混成的な公式、すなわち、「前提犯罪に関連して銃器が使用されるであろうことが被告人にとって合理的に予見可能であつたか」との公式を採用した。Collazo-Aponte 判決にて同裁判所は、Castaneda 判決による共謀における Leticia の軽微な役割の分析を大雑把ながら引用しつつも、しかし「Castaneda 事件とは異なり、本件は共謀者と実体犯罪との間の関係性が希薄な場合に係るものではない」と判示した。同裁判所が「希薄性」を類型的な希薄性または事実的なもののいずれと解して考察したのかは明確ではない。というのも、Collazo-Aponte はいずれの意味においても関係性が希薄ではなかったからである。むしろ、Collazo-Aponte 判決による分析は「予見可能性」を「デュー・プロセス」に等しいものとする Christian 判決の路線の一連の諸先例と同様に、他の共謀者の実体犯罪が被告人にとって客観的に予見可能であつたと判示する際に、標準的な Pinkerton 原則の分析を繰り返したものである。

## 2. United States v. Walls 判決

United States v. Walls 判決 (225 F.3d 858 (7th Cir. 2000)) において、第七巡回区連邦控訴裁判所は、デュー・プロセスを根拠として Pinkerton 原則に基づく有罪判決を破棄した二番目の裁判所となった。本判決において同裁判所は、二つのレベルの代位責任という Castaneda 判決の状況からの派生的状況を扱うこととなった。同裁判所は、デュー・プロセスは、被告人の前提的地位と他の共謀者の行為に対する被告人の Pinkerton 原則に基づく代位責任

とを結合させることによって有罪判決を下すことを妨げると判示している。

被告人たる Williams は、他の共謀者の住所に送付された薬物の入った小包の窃取により逮捕された。被告人が逮捕された際、警察官は被告人の同居人の室内で銃器を発見した。重罪の前科のある被告人は、他罪のほか、頒布目的の薬物所持の共謀と、重罪前科者としての銃器の意図的な所持につき Pinkerton 原則のもとで代位的に、それぞれ有罪判決を受けていた。被告人を銃器所持に関連づける証拠は存在しなかったが、その有罪判決は同居人が薬物に係る共謀における他の共謀者であることを根拠としていた。しかしながら重要であるのは、被告人の同居人は重罪前科者ではなかったということである。

したがって、他の共謀者の実体犯罪に係る被告人の有罪判決はそれ自体その犯罪を構成しない他の共謀者の行為に依拠していることとなる。第七巡回区連邦控訴裁判所はこれを、「ある共謀者による銃器所持を採り上げて、これを別の共謀者の重罪前科者との地位に付け加え、これによって後者の共謀者につき実体犯罪を創出するという、切り貼り (cut-and-paste) アプローチ」であると称した。同裁判所は「これは限定を付することが困難でありうる、Pinkerton 理論の著しい拡張である」と判示した。

Walls 判決における第七巡回区連邦控訴裁判所の懸念は、生じうる責任の無限定的な範囲を中心としたものである。同裁判所は、「共謀者による銃器の合法的な所持は、重罪前科者である他の共謀者に係る九二二条(g)項(1)号違反の立証におそらく用いられうるであろう」から、「カリフォルニア州における共謀者による銃器所持が、イリノイ州における他の共謀者につき重罪前科者による所持に係る有罪判決を得るために用いられる、大規模な共謀というものは容易に想起されうる」とする。また逆にいえば、「重罪前科者ではない者が重罪前科者による銃器所持で有罪であるとみなされうる」とも述べる。Castaneda 判決を引用しつつ、Walls 判決はこれを「Pinkerton 理論についての、正当な根拠を欠く、おそらく違憲的な拡張」であると称した。

重罪前科者による銃器所持に関する制定法は身分法であるがゆえに、Walls 判決において第七巡回区連邦控訴裁判所は本件での Pinkerton 原則の適用を特に問題があると認めている。本判決において同裁判所は「その以前の行為が銃器使用の高度の傾向を示す人々の手から銃器を遠ざける」という連邦議会の意図を引用したが、しかし重罪前科者ではない者へ適用されるならば、本法は合理的根拠の有無という視点からの検討においてさえも、合憲的な正当化根拠を欠くこととなる。本判決も「重罪前科者による銃器所持に関する制定法は」銃器を所持している個々人の地位との関連で犯罪を規定しているのであるから、Pinkerton 原則にいう代位責任の規律はそのような犯罪については不適切である」とする。

Walls 判決において第七巡回区連邦控訴裁判所は、デュー・プロセスは、少なくとも身分が前提要件である犯罪についてはある程度の「個人責任」を要求する、との理由づけを採っているように思われる。Castanaeda 判決もまた、少なくとも刑の加重に係る前提犯罪については「個人責任」を要求しているものと解されうる。しかし両者の各状況は性質が異なる。Walls 判決においては前提要件たる身分は被告人によって既に充足されており、第七巡回区連邦控訴裁判所は、少なくとも前提要件たる身分に基づく犯罪については、ある程度の「個人責任」が自らが責任を負うところの他の共謀者の行為につき要求されると示唆した。しかしながら Castanaeda 判決においては、前提要件は有罪を受ける身分ではなく行為であるにもかかわらず、その要件自体につき責任を負うとされている。こうして、Castanaeda 判決において第九巡回区連邦控訴裁判所は、もし前提要件たる身分が代位責任を通じて充足されるとすればある程度の「事実に希薄性」の基準が適用されると示唆している（これと同じことを述べて、Walls 判決において第七巡回区連邦控訴裁判所は、代位責任を通じて前提要件たる身分の充足はなされえない、すなわち、重罪前科者ではない者は重罪前科者による所持につき有罪判決を下されないと暗示した。Walls 判決において同裁判所は、他の共謀者が重罪前科者であって銃器を所持していることが「予見可能」であるとの主張は「愚かな見

込み」であるとしてこれを拒否している)。

## VI・デュー・プロセスに基づく「新たな」制約の定義づけ

過去三〇年以上に渡り裁判所は、Pinkerton 原則に基づく代位責任に対する憲法上の「希薄性」との制約の形成に向けて一貫性を欠きながらも動いてきた。しかし裁判所は、そのような制約がいかなるものであるかを正確に定めることよりもむしろ、その存在を認めることに一層意欲的であつた。すべての裁判所はいずれかの場所にその限界線が設定されなければならないことに同意しているが、しかしそれを初めて設定することを欲するものはほとんど存在しない。

デュー・プロセスに基づく制約として「希薄性」を課している裁判所であっても、その本質的な性質の定めかたは不快なほどに不明確である。ある裁判所は共謀者と犯罪との間の事実的な希薄性を示唆してその制約を「希薄性」と称し、ある裁判所は共謀の類型と犯罪の類型との間の希薄性を示唆してこれを「希薄性」と称している。Castaneda 判決は「希薄性」とは両者の混成であると暗示したが、終局的には前提犯罪と実体犯罪との間の関係性、すなわち Pinkerton 原則のもとでは差異のない區別にその原判決破棄を依拠させている。Walls 判決による前提要件たる身分への着目は、このような身分が争点とならない伝統的な Pinkerton 原則の適用状況に対してその判決の影響がいかなるものとなるかにつき不明確さを残している。

加えて、Alvarez 判決による「軽微な関与を超えた関与」(または、より厳密に言えば「実質的関与(substantial participation)」)との公式は「事実的な希薄性」により密接に関連しているが、二つの基準の間には語義上の相違以上のものである。より根本的には、デュー・プロセスに基づく制約は因果関係の原則、すなわち、犯罪者の行為とそ



れにつきこの者が処罰されるところの侵害との間にはある程度の因果連関がなければならぬとする原則に由来すると示唆する裁判所や論者も少数ながら存在する。

ここで筆者は、デュー・プロセスに基づくありうる三つの制約、すなわち、希薄性、実質的関与および因果関係、を検討することとする。結論としては、筆者は当罰的な犯罪者を処罰する社会の能力を維持しつつ代位責任に対する憲法上の制約を課する際に最も実用的なものとして、「事実的な稀薄性」を推奨するものである。

## A. 希薄性

### 1. 類型的な稀薄性

「類型的な稀薄性」との基準は、Pinkerton 原則における予見可能性との制約をいい換えたものにすぎないように思われる。したがって、「類型的な稀薄性」との制約は新規なものではなく、「個人責任」におけるいかなるデュー・プロセス上の利益にもその保障に機能的役割を果たすものではない可能性が極めて高い。

裁判所や論者が述べてきたように、一旦「予見可能性」が理論的根拠となるとされれば、刑事責任についての実上の基準は過失であることとなる。それゆえに、それに関連する検討は共謀の範囲ということになる。というのも、客観的予見可能性の基準のもとでは、共謀における軽微な行為者であっても共謀の目的に類似した結果を合理的に予見すべきこととなるからである。

前述のように、連邦政府は近時、共謀を広範かつ一般的な文言をもって訴追してきた。例えば、アルカイダを「アメリカ人殺害のための継続中の共謀」と描写している。また例えば、そのような共謀のもとでは、パキスタンにおけるアルカイダの訓練野営地における料理人は「アメリカ人殺害の共謀」に加担したものと考えられることとなる。この料理人はアメリカ人殺害の共謀の目的を主観的には共有していようといまいと、その野営地で共謀の目的につ

き語る会話を聞いている可能性は高い。この料理人にとっては、客観的には、アメリカ人が殺害されることは合理的に予見可能であろう。しかし、この料理人が単なる共謀ではなく謀殺につき有罪とされるべきことが我々の直観的な正義感と調和するであろうか。ここでは、応報主義的な正当化根拠と功利主義的なそれとが直接に緊張関係にたつ。その関与に基づいてこの料理人を謀殺につき有罪とすることは比例性を欠くと思われる。しかしながらテロリズムの文脈においては、それへの組織的な支援のいかなる手段（食糧供給でさえ）をも抑止すること、また、社会に対する将来の犯罪の阻止に有用な情報を獲得すること、という功利主義的な正当化根拠は、そうでありうるいかなる根拠についてと同様やむにやまれぬものである。それでもなお、自ら謀殺を行っていない共謀者をそれに基づいて有罪とすることが容認されえないところの、関与に係る一定の水準というものが存在しよう。

企業犯罪は、抑止や情報の価値が生命や死ほど明確ではないがゆえに、「稀薄性」に基づく制約につき一層やむにやまれぬ事案を提起することとなる。例えば、エンロン社の広報部長が「投資家を欺罔する共謀」の一環として、かろうじて合法ながらも複雑な財政策を詳述するプレスリリースを行ったと仮定する。もしもこの部長には知られないまま同社最高財務責任者 Andy Fesow もまた金銭の横領を行うとすれば、この者が投資家を欺罔した行為についても広報部長は責任を負うのであろうか。同社最高執行責任者 Jeffrey Skilling が連邦議会において同様の財政策につき証言をするのであれば、司法妨害の実行についての訴追はどのようになるのであろうか。「投資家詐欺」として一括されうるこれらのすべては、聡明で十分な教育を受け、内部の議論を関知しており、エンロン社の経営方法を熟知している従業員にとっては合理的に予見可能であろう。しかしこれらの代位的な犯罪は、個人的な有責性として要件とするものがほとんどない。

もしもいずれかに設定されるべき限界線があるとすれば、「典型的な稀薄性」テストはそれに基づき線引きによる区別がなされるところの基礎を提供しうるものではない。

## 2. 事実的な稀薄性

事実的な稀薄性は共謀の範囲に対する現実的な抑制として確実に作用する。共謀は地球と同程度に広範に把握されうるが、しかし個人責任という我々の概念を充足すべく一定の限界線が設定されなければならない。稀薄性はこの限界線を提供する。加えて、「事実的な稀薄性」は、被告人のメンズ・レアの代替としてその行為への特別な着目を要件とすることによって、「予見可能性」の本質的に客観的な性質に対する抑制を提供する。

「稀薄性」との制約を述べる裁判所の大半は、積極的に関与した被告人は「そのように希薄ではない」と判示することで黙示的に、または、Alvarez 判決のごとく「軽微な関与を超えた関与」テストを表明することで明示的に、「事実的な稀薄性」との意味でこれに言及している。

Alvarez 判決において第一巡回区連邦控訴裁判所は、現実的には二段階の検討を要求していた。同裁判所は、しばしば被告人の行為を検討することによって個人的な有責性（すなわちメンズ・レア）を決していた。しかし法律問題として、そのメンズ・レアを客観的に立証するに足りえない、実体犯罪からの一定レベルの「稀薄性」が存在している。

實際上、Alvarez 判決において同裁判所は、デュー・プロセスを根拠として有罪を破棄する以前に、類型的な稀薄性と事実的なその双方を要求していた。本判決において同裁判所は、実体犯罪が共謀により意図された結果ではなかった場合、すなわち本質的には、被告人が加担した共謀の類型と他の共謀者の実行した犯罪の類型との間に「類型的な稀薄性」が存在しなかった場合に「事実的な稀薄性」の検討を適用したにすぎない。

しかし Alvarez 判決による理由づけによって、「事実的な稀薄性」との基準は「類型的な稀薄性」が存在しない場合であっても適用されるべきこととなった。もしも「デュー・プロセスに基づき存在しうる制約」が「関係性が

希薄である事案において」存在するとすれば、デュー・プロセスは、単なる個人的な有責性やメンズ・レアに係る検討よりもより広範な手続的および実体的な問題性を包含することとなる。このことを *Castaneda* 判決は、被告人の加担した薬物に係る共謀が薬物犯罪との間で典型的にさほど希薄ではない場合であっても、被告人と他の共謀者の犯罪との間の事実的な希薄性に焦点を当てることによって示唆している。もしも「事実的な希薄性」との基準が「類型的な希薄性」も存在する場合にのみ適用されるとすると、「代位責任の無制約的な範囲」という *Rule* 裁判官のいう問題性は未だ抑制されていないこととなる。

## B. 「実質的関与」

事実的な希薄性との制約は「実質的関与」という (*Alvarez* 判決において第一一巡回区連邦控訴裁判所が採用した「軽微な関与を超えた関与」へと移行したものととしての) 制約と著しく重複している。*Alvarez* 判決において同裁判所は「軽微な関与を超えた関与」とのテストを初めて明示的に採用したが、ほぼすべての裁判所が共謀への被告人の関与のレベルを明示的にまたは黙示的に考慮してきた。

*Drescher* 教授は「実質的関与」とのテストを代位的な共犯者責任の文脈において考慮している。教授はそれを「現行制度に最も類似したものであり、それゆえに最も受容され易いテストである」として、次のように述べている。

最も抹消的な関与者、特にその支援が心理的促進にすぎない者は濾過されるであろう。……それは、我々の最も明確な道義観によれば完全な処罰が不適切である者に対する完全な処罰からこの者を排除する。それはまた、最も危険性の低い者を排除しもある。

Dressler 教授のテストは Alvarez 判決における第一巡回区連邦控訴裁判所による「軽微な関与を超えた関与」テストよりも一層制限的なものである。本判決は共謀への関与に関するものであるが、Dressler 教授は実体犯罪への関与に焦点を当てており、さもないれば「人々は犯罪的な企図への関与との決断ゆえに処罰されることとなる」としている。これはもちろん Pinkerton 判決の核心である。Alvarez 判決が提示し筆者がここで論じている実質的関与とのテストは、Pinkerton 原則への抑制として作用するのであってそれを廃棄するものではない。

Dressler 教授は、実質的関与とのテストはそれにもかかわらず、その核心において没収原理 (forfeiture theory) に基づくものであると述べている。それは必然的に「(事実的な稀薄性) もまたそうであるように」(事案特定のなものでもある。しかし、それはなお我々の直観的な正義感に適合する。特に裁判所は、実質的関与のテストに同意しているように思われる、というのも、本テストは、共謀への関与のみよりもむしろ、過失よりも高度な個人的な有責性についての有形的で事実に確認可能な程度を反映するものだからである。実質的関与とのテストは、「不法な行為を実行する意図を……そのような意図なく行為する人に帰属させることは……個人責任という修正五条の要件に違反する」という Scales 判決における連邦最高裁の懸念と同様のことをも述べるものである。

実質的関与とは、多くの事例において、Robinson 教授が言及していた「因果関係の認識」の客観的証拠の役割をも果たしているようである。いくつかの点において、Robinson 教授は妥協的なアプローチを採っている。(犯罪が通常そうであるように) 完全な認識を要件とし、また (Dressler 教授が推奨するように) 完全な因果関係を要件とする代わりに、Robinson 教授は因果関係についてのある程度の認識を要件とすることを提唱している。しかし Robinson 教授の提案は、共謀者の一般的意図と実体犯罪の要件たる特定の意図との間の間隙を、被告人を代位的に処罰すること(または、その者に対し特別な功利主義的抑止を課すこと)が望ましいと我々が違和感なく感じる程度にまで塞いでいる。例えば、Alvarez 事件において見張り役を務めた被告人は、客観的には、自らが銃撃戦の

発生の可能性を高めるであろうことを認識すべきであった。同様に、アルカイダの野営地における料理人は、もしも自らがアメリカ人の死の可能性を高めていることを認識していると客観的に認められるのであれば、直観的にはより有責性が高いであろう。

注目すべきは、連邦最高裁は死刑に関する法学において「実質的関与」と類似のテストを採用してきたことである。Eunund v. Florida 判決 (458 U.S. 782 (1982)) と Tison v. Arizona 判決 (481 U.S. 137 (1987)) において、各被害者に対して殺人既遂または未遂に至る実行をなしておらず、また殺人の意図もなかった、重罪謀殺罪化原則に基づく各被告人につき、最高裁は、被告人が死刑を科されるには少なくとも、「人の生命に対する無謀な無関心」を伴う「基礎となる重罪への主たる関与」が要件となとした。この検討は自らが行った個々の行為についての被告人の有責性のレベルに焦点を当てるものである。すなわち連邦最高裁は、究極の刑罰を受けるにつきより高度の、本人固有の有責性 (personal culpability) を要件としつつ、「死刑は特別なものである」と繰り返し述べてきたのである。連邦最高裁が、同様のテストは Pinkerton 原則のもとで処罰された共謀者、または死刑に直面していない共謀者にも適用されると判断するかは明らかではない。

「希薄性」と「実質的関与」とは大幅に重複しているが、これらは完全に同一というわけではない。「実質的関与」は「希薄性」よりも被告人の個人的な有責性をより正確に捉えることとなる。例えば、ある者は「希薄」ではあってもなお「実質的関与者」でありうる。Dresler 教授による街路での薬物製造者の例では、この者は事実的には実体犯罪からは希薄であるが、しかし共謀に対しては実質的関与者である。他方では、ある者は希薄ではないが、実質的関与者でもないこともある。例えば、もしもその夫が彼女のアパートの一室で薬物取引をなしたとすれば、Leticia Casaneda は、自らが現在している際に銃撃戦が発生すれば確かに希薄ではないであろう。しかし、彼女は共謀についてはおそらく実質的関与者ではない、というのも、彼女の唯一の関与は婚姻による僅かなものだからで

ある。

すなわち、「希薄性」とは意味的には「実体的関与」を包含するよう定義づけられうる。より本質的には、「稀薄性」は現に作用しているデュー・プロセス上の問題性の核心を捉える。この問題性とは、被告人と他の者の犯罪との間に極端な時間的場所的離隔が存在している状況において、立証についてや無限定的な責任、また結社による有罪といった諸問題が代位責任を課することにつき我々に不安を抱かせるものである。例えば、アルカイダの料理人やエンロン社の広報部長を仮定すると、両者ともそれぞれの共謀については「軽微な関与を超えた関与者」であろう。しかし、(Catamada 判決において第九巡回区連邦控訴裁判所を苦悩させたのと同様に)我々が苦悩させられる可能性があるのは、彼らの他の共謀者の犯罪との間の「稀薄性」である。

「実体的関与」テストと「稀薄性」テストのいずれも、主観的なものであつて陪審員を混乱に導く可能性があることは事実である。おそらく、「軽微な関与を超えた関与」と称される場合は一層そうであろう。しかし、核心においては、「事実的な稀薄性」も「実体的関与」も、共謀者ごとの有責性につき何らかの区別をなすものである。それは、予見可能性のみでは到達することのない区別である。

### C. 因果関係

第三の選択肢は、共謀者と実体犯罪によって惹起された害悪との間の一定の因果連関を要求する「因果関係」との制約である。

Dressler 教授は、代位責任のすべてが因果関係と結びつけられることを提唱している。Dressler 教授によるテストのもとで、彼は共犯者を二つの類型に区分している。それは「因果的共犯者 (causal accomplices)」と「非因果的共犯者 (non-causal accomplices)」であつて、後者は自らが現実には惹起した害悪についてのみ責任を負うとされ

る。このような基準は、「一人による顯示行為は全員に帰せられうる」とする共謀法における伝統的な原則を事実上破棄するものである点で、現在の Pinkerton 原則に基づく責任よりもはるかに制限的である。

因果関係に基づく制約には、Dresler 教授も認めるいくつかの欠点がある。第一に、因果関係は運的なもの (matter of luck) であることが多い。よつてまた、未完成犯罪も運的なものであつて、それらは一般に既遂犯ほど峻厳に処罰されることはない (Dresler 教授は、共犯者はおお処罰を受けること、そして抑止の一理論は既遂に至らないよう共犯者または共謀者に「報償を与える」ことであると述べている)。

しかしより本質的には、因果関係は代位責任の伝統的概念とは全く関係がない。人は自由意思を有しているので、いかなる事象連鎖が生じるかを予見することは不可能である。例えば、道路上に倒れる木は自動車衝突事故を「惹起する」かもしれない。しかし、たとえ被告人が他の共謀者に対し何者かの殺害のために金銭を支払うとしても、我々は、他の共謀者はいずれにせよその者を殺害しなかつたであらうとはいえない。つまり「意志的行為者は全て予見不可能な要因なのである」。いい換えると、定義上はすべての共犯者は犯罪を「惹起する」、またはそれに寄与する何らかの役割を果たす。したがつて、選択の余地はほとんどないことから、我々は、被告人による因果関係を無視し検討の焦点を道義的な有責性に向けることとなる。これは、犯罪意図が「共謀の形成によつて立証される」という Pinkerton 原則の当初の定義に従うものである (Robinson 教授は本質的に、犯罪への自らの因果連関の役割についての被告人自身の認識を考慮することで有責性と因果関係との間の妥協点を創出しようと試みているのである)。

因果関係に基づく制約は、一つの有力な正当化根拠を確かに有している。これは Pinkerton 原則の定義自体からその根拠を得る唯一の基準であるように思われる。Pinkerton 原則の「必然かつ自然な結果」との文言に焦点を当てる裁判所は、Pinkerton 原則に従うならば、共謀への被告人の加担と実体犯罪との間に一定の因果連関が存在し



ていなければならないということを示唆している。これらの事案における因果関係に基づく制約は、Dressler 教授のいう「あれなくば、との因果関係」ではなく、むしろ、被告人が犯罪への自らの因果連関についての認識を有していることという Robinson 教授の提案に類似する。しかしながら、他の裁判所は、当初意図されていなかった犯罪も事実上、共謀の「必然かつ自然な」結果であるとし、「因果関係」要件を課することは Pinkerton 原則の理論的根拠を空洞化さすものであると示唆しつつ、このような「因果関係」要件を強く拒絶している。

このような因果関係との要件が裁判所によって受容される可能性は低い。また、それが我々の直観的な正義感の反映に近いということもない可能性が最も高い。検討の際に因果関係を用いることは、他の共謀者の犯罪の一部への関与を実際に意図していた、道義的に非難に値する行為者が、運または偶然によって当該犯罪につき無罪とされうることを意味することとなる。『稀薄性』または『実質的関与』は、自らの「個人責任」が代位的な処罰を根拠づけず、または当該犯罪からの自らの稀薄性が手続的または実体的デュー・プロセス上の問題性を生じる共謀者をほぼ分別するようになる。

## VII・おわりに

「事実的な稀薄性」（あるいは「実質的関与」との制約は、他人の犯罪につき代位責任を負いうる共謀者につき一定の憲法上の本人固有の有責性の要件を課す作用をなし、また、制約のない理論から生じるデュー・プロセスに基づく問題性を抑制する。『稀薄性』や『実質的関与』との用語が不明確であることは否定し難く、また「予見可能性」がそうであったように、その限界まで拡張されるかもしれない。『稀薄性』はいずれに限界線が設定されるべきかを我々に極めて明確に告げることはない。しかし、それはそれをなすべきことの枠組みを、応報主義の問題

と功利主義のそれとの間の比較検討をし、我々の直観的な正義感と調和する方法によって、提供するのである。

「稀薄性」テストは、現実に行われた犯罪に対して、おそらく有意に因果的に寄与をなし、それに値する刑罰を受けるべきと我々が感じる者の事案において、公的正義が自らの行為につき責任を負うべきであると求める人々の処罰をなす。しかし、それは真に犯罪との関係がない者を確認し、自らは実行しておらず予見も不可能であった犯罪につき軽微な関与者に責任を負わせる政府の潜在的権限を抑制する役割を果たす。

「稀薄性」は検察官による訴追権限もまた抑制し、検察官は *Pinkerton* 原則がなければ軽微な関与者から情報を得る権限を従来行っていたよりも減縮されるであろう、との考えを生じさせる。すなわち、真に「稀薄である」軽微な関与者がいずれにせよ政府側にとって極めて有用な情報を有しているのか、ということが正当なる疑問なのである。裁判所は三〇年間に渡り、*Pinkerton* 原則にはデュー・プロセスに基づく一定の制約が存在することを認めてきており、そしてこの間、訴追権限が減じることはなかった。最も可能性が高いことは、「稀薄性」は現に訴追された被告人の相当量を包含することはないということである（特に、もしもこの基準が「軽微な関与を超えた関与」として設定された場合には）。むしろ、「稀薄性」は裁判所や論者が理論上認識している実務の体系化に役立つであろう。つまり、裁判所が「これは完全に過剰である」と述べてきた「*Pinkerton* 原則」に基づく代位責任に対しては一定の確認可能な制約が存在するのである。

連邦最高裁が「稀薄性」との制約につきいかなる判断を示すかを予想することは困難である。それは主に、最高裁はほぼ六〇年間に渡り *Pinkerton* 原則を問題とすることがなかったことによる。最も近似した類推は、重罪謀殺罪化原則を適用される者に対する共犯者は「軽微な関与を超えた関与者」であり、無謀とのメンズ・レアを有していれば死刑を受ける資格があると判示した、*Emmund* 判決と *Tison* 判決の路線の法学である。ある意味では、*Tison* 判決のもとで要件とされたメンズ・レアは *Pinkerton* 原則のもとでのそれよりもより厳格である。つまり、過失が

暗示された「予見可能性」の代わりとしての無謀なのである。しかしながら「死刑は特別なものである」。非死刑犯罪につき修正八条が役割を果たすものかは明らかではない（政策的に述べるとしてもまた、Tison 判決は刑事責任の範囲を拡張するものであった。Pinkerton 原則についてのいかなる新たな判決も、刑事責任の範囲を制限するものとなるであろうが、これはロバート・コートが誠意をもって受容する目標であるとは思われない）。

「希薄性」を支持するいかなる判決も、連邦最高裁が刑事責任を限定する方法で関連する問題に取り組んだおそらく唯一の事例であった *Scates* 判決のいう「個人責任」の概念に大きく依拠している。*Scates* 判決において、最高裁は、代位責任は伝統的に、共謀者よりもむしろ共犯者、つまり幫助者または教唆者に適用されると確かに示唆していた。すなわち、「共謀者はその共謀のゆえに共犯者であると考えられ、それゆえに実体犯罪についても有罪となるのかという純粹な問題が生じる」と。しかし *Scates* 判決において最高裁は、明らかな犯罪組織への加担から合法的な組織への加担を直ちに区別した。

そしてまた、連邦最高裁は数十年に渡って、道義的応報の考え方よりも「集団の危険性」との功利主義的な考え方を支持することによって、共謀の危険性を繰り返し是認してきた。共謀は一人のみでは達成しえない犯罪目的を実現させるがゆえに、「集団による犯罪の合意は……社会に対する、個々人による犯罪よりもより大きな潜在的脅威を招来する」。「希薄性」理論の定式化は必然的に Pinkerton 原則による抑止力を制約する、あるいは少なくとも、犯罪との関係がない者の事例においては、代位責任はふさわしくないというように応報主義の考え方が功利主義的な正当化を凌駕する。ただ、共謀法の功利主義的な射程を是認してきた連邦最高裁の伝統的な考え方を前提とすれば、Pinkerton 原則に対するいかなる制約も理論的な段階に留め置かれ易いと解することもつともであるかもしれない。

最も可能性が高いのは、特定の被告人と共謀の性質とによって連邦最高裁が Pinkerton 原則の合憲的な範囲を定

めることを強いられることである。たとえ最高裁が実体的デュー・プロセスたる権利として「個人責任」を繰り返して述べるとしても、当該共謀が合衆国に対するテロ犯罪の実行の共謀であるならば代位責任は嚴格審査(strict scrutiny)のもとでも正当化されるであろう。アメリカに対する将来の行動に係る共謀の危険な性質と情報獲得の社会的価値は、たとえ「希薄性」との制約が存在するとしても軽微な共謀者に対する代位的な有罪を是認することを正当化するであろう。企業の文脈においては、エンロン社によるごくく詐欺によつて惹起された莫大な損失は広範な抑止を正当化するとも主張されえようが、しかし、たとえそれが巨額であつても危殆化が財産に対するのみである場合には応報主義的な正当化ははるかに微弱なものとなろう。もしも Pinkerton 原則が最高裁によつて再検討されたとすれば、それはテロリズムや国防よりもむしろ企業犯罪の文脈において行われる可能性が高い。